أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي

(دراسة فقهية مقارنة)

إعداد

أنـس عبد الواحد صالح الجابـر

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

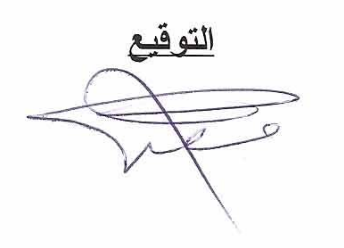
نيسان، ٢٠٠٧م

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة (أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي- دراسة فقهية مقارنة) وأجيزت بتاريخ: ١/ ٤ / ٢٠٠٧م.

أعضاء لجنة المناقشة: | **التوقيع**



الدكتور محمد حسن أبو يحيى، رئيساً

أستاذ الفقه وأصوله



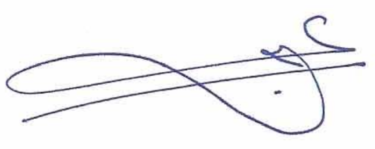
الدكتور عبد المجيد محمود الصلاحين، عضواً

أستاذ الفقه وأصوله



الدكتور عباس أحمد الباز، عضواً

أستاذ مشارك الفقه وأصوله



الدكتور عبد الحميد إبراهيم المجالي، عضواً خارجياً

أستاذ الفقه وأصوله / جامعة مؤتة



الإهـداء

إلـــــــــــــــــــــى

من أرسله ا رحمة للعالمين، ومنقذاً للبشرية من ظلمات الجهل إلى نور العلم والمعرفة، سيدنا رسول ا - صلى ا عليه وآله وصحبه وسلم-.

إلـــــــــــــــــــــى

من كان له كبير الأثر في تشجيعي لإكمال دراستي، وخوض غمار العلم والمعرفة جدي - رحمه ا –

إلـــــــــــــــــــــى

من أمر ربي بالإحسان إليهما بقوله تعالى: وَقَضَى رَبكَ أَلا تَعْبدواْ إِلا إِياه وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا [(1)] والدي الكريمين اللذين غرسا في نفسي حب الإسلام منذ الطفولة، وتحملا في سبيل تربيتي الشيء الكثير من التعب، والجهد، والعناء، ودفعاني بحرص الأبوة إلى مواصلة تعليمي الذي طالما تمنيته مبتغياً بذلك وجه ا تعالى.

إلـــــــــــــــــــــى

من أسمته العرب أباً، عمي الأستاذ الدكتور محمود جابر، الذي كان بمثابة الأب الحاني، والمرشد الناصح.

إلـــــــــــــــــــــى

كل من قدم لي عوناً أياً كان من الأساتذة، والأصدقاء، والزملاء، وأخص بالذكر الدكتور عبد الناصر جابر، والدكتور عماد الزيادات، والأستاذ طلال المراشدة.

إليهم جميعاً أهدي باكورة إنتاجي العلمي، إعترافاً بفضلهم، ووفاء بجميلهم، مع دعائي ا -العلي القدير- أن يثبتني وإياهم وجميع المسلمين على دينه، سائلاً المولى -جل في علاه- لهم حسن الختام، والوفاة على الإيمان، اللهم آمين.

---

(1) سورة الإسراء، الآية:٢٣.

شكر وتقدير

بعد أن من الله تعالى وتفضل بإتمام هذه الأطروحة، وامتثالاً لقوله- صلى الله عليه وسلم- :" لا يشكر الله من لا يشكر الناس "[1]، أرى لزاماً علي أن أتقدم بخالص شكري، وبالغ تقديري لفضيلة أستاذي الدكتور محمد حسن أبو يحيى؛ لتفضله بداية بقبول الإشراف على هذه الأطروحة، ولما أبداه من توجيهات وملاحظات، وقراءة دقيقة لحيثيات وجزئيات هذه الأطروحة؛ لإخراجها على ما هي عليه الآن.

كما أتقدم بخالص شكري وامتناني لأعضاء لجنة المناقشة؛ لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة.

كذلك إلى الجامعة التي احتضنتني في بداية دراستي الجامعية، جامعة مؤتة.

مثيلتها الجامعة التي كان لي شرف القبول فيها لإكمال دراستي العليا، الجامعة التي تحمل إسم هذا البلد المعطاء، الجامعة الأردنية، ممثلة برئيسها الأستاذ الدكتور عبدالرحيم الحنيطي.

وأخص بالذكر الكلية التي كانت على الدوام وما زالت منارة للعلم والعلماء، كلية الشريعة، ممثلة بعميدها الأستاذ الدكتور ياسر الشمالي.

وكذلك الكنز الذي لا يفنى، والنهر الذي لا ينضب، مكتبة الجامعة الأردنية، ممثلة بالقائمين عليها، من إداريين، وموظفين، وعاملين.

إليهم جميعاً أقول جزاكم الله خير الجزاء في الدنيا والآخرة

---

(1) أخرجه أبو داود، سليمان بن الاشعث السجستاني الأزدي، ت:(٢٧٥هـ). سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، كتاب: الأدب، باب: شكر المعروف، ج٤، ص٢٥٥، حديث رقم:(٤٨١١) وأخرجه الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، ت:(٢٧٩هـ). الجامع الصحيح، المعروف بسنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، كتاب: البر والصلة، باب: الشكر لمن أحسن إليك، ج٤، ص٣٣٩، حديث رقم:(١٩٥٤)، **لفظ الحديث:** لأبي داود، **الحكم على الحديث:** قال الترمذي:" حديث حسن صحيح ". انظر: الترمذي، سنن الترمذي، ج٤، ص٣٣٩.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

ن

أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي

(دراسة فقهية مقارنة)

إعداد

أنــس عبد الواحد صالح الجابــر

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى

ملخص

تناولت هذه الدراسة أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنـة) جاءت في ستة فصول إضافة إلى مقدمة وخاتمة، هادفة إلى وضع تصور كامل لحقيقة الرجـوع فـي العقود المالية في الفقه الإسلامي، من خلال بيان الأحكام الجزئية والتفصيلية لهذا الموضوع.

الفصل الأول: بينت فيه حقيقة الرجوع، وما يقصد به لغةً واصطلاحاً، وما يتعلق به من ألفاظ ذات صلة، كالفسخ، والرد، والإقالة، كما وبينت فيه مجال الرجوع، وأنه إنما ينحصر فـي العقـود غيـر اللازمة، والتي لا تخرج عن أحد أمرين:

الأول: العقود غير اللازمة لطبيعة العقد.

الثاني: العقود غير اللازمة لوجود الخيار.

الفصل الثاني: حكم الرجوع في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، بينـت فيـه حكـم الرجوع عقد البيع، والاستصناع، والإجارة، والجعالة، والقسمة، والتحكيم.

الفصل الثالث: حكم الرجوع في عقود المشاركات المالية في الفقه الإسلامي، بينـت فيـه حكـم الرجوع في عقد الشركة، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة.

الفصل الرابع: حكم الرجوع في عقود التوثيقات المالية في الفقه الإسلامي، بينت فيه حكم الرجوع

في عقد الرهن، والكفالة، والحوالة.

الفصل الخامس: حكم الرجوع في عقود الإرفاق المالية في الفقه الإسلامي**،** بينت فيه حكم الرجوع في عقد القرض، والعارية، والوديعة.

الفصل السادس والأخير في هذه الدراسة: حكم الرجوع في عقود التبرعات والإطلاقات المالية في الفقه الإسلامي، بينت فيه حكم الرجوع في عقد الهبة، والوقف، والوصية، والوكالة.

الخاتمة: كانت عبارة عن إجمال لما خلصت إليه الدراسة من نتائج.

المقدمة

بسـم ا الرحمن الرحيم

الحمد الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، الحمد الذي خصنا بأكمل شريعة، ورسم لنـا أقوم طريق، والصلاة والسلام على أشرف أنبيائه وخيرته من خلقه، حبيبه ومـصطفاه، نبينـا محمـد وعلى آله، وأصحابه، وعترته، والسالكين لنهجه إلى يوم الدين، وبعد:

فقد وفق ا تعالى بفضله وأعان على إخراج هذه الأطروحة، الموسومة بـ أحكام الرجـوع فـي العقود المالية في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة)، والتي جاءت من شعور الباحث بأهمية هـذا الموضوع، إذ لا ينحصر بفئة دون فئة، أو جماعة دون جماعة، فهو عام لا يسلم أن يحتاج إلى معرفة أحكامه أي إنسان، بغض النظر عن عمله، أو مكانته، وقليل هم الذين يعرفون أحكامه؛ لهذا جاءت هذه الدراسة؛ لرفع ما قد يقع من لبس في الأفهام، من مفهوم الرجوع، وما يقصد به، وما يترتب عليه مـن أثر.

مسوغات اختيار الموضوع:

أولاً: وجود جزئيات هذا البحث مبعثرة متفرقة في بطون كتب الفقه، فقصدت مـن دراسـتي أن أجمع أحكام هذه المسائل المفرقة؛ لأقدمها في بحث مستقل، يسهل على طالب العلـم الرجـوع إليهـا، والإفادة منها.

ثانياً: أن جل مسائل هذا البحث مما يحتاجه الناس في حياتهم العملية.

ثالثاً: إبراز الشمولية والإحاطة للفقه الإسلامي من خلال هذا البحث، حيث إن بعض مسائله تخفى على الكثيرين، الأمر الذي يجعلهم يبحثون عن الحل، فلا يجدونه إلا في الفقه الإسلامي، الذي يتنـاول ذلك مستنداً الى أساس من العدالة، والموضوعية، والمساواة.

رابعاً: عدم وجود كتاب تناول مسائل هذا البحث بهذا الشكل، أو وسم بإسمه، ذلـك مـن خـلال اطلاعي على ما تيسر لي مما ألف من رسائل، وأبحاث، وكتب.

مشكلة الدراسة:

جاءت فكرة هذا الموضوع من التفكر في قوله تعالى: **الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا**[1]، فلما كان المال هو: عصب الحياة الدنيا وزينتها، كان هو مصدر النزاع بين بني الإنسان، فلا يخفى أن أكثر مشاكل الإنسان منشؤها المعاملات المالية، ولما كانت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، بصفتها آخر الرسالات السماوية وخاتمتها، جاءت بما يكفل صلاحيتها من الأحكام التي تنظم هذه المعاملات المالية؛ ولأهمية موضوع المعاملات المالية؛ ولكون العقود المالية تشكل الجانب الأكبر منه، جاءت المشكلة، إذ إن الفقهاء لم يفردوا موضوع الرجوع في العقود المالية بالبحث بشكل مستقل، وإنما بحثوه في مواضع متفرقة، ومتباعدة، مما يورث الباحث عن المعرفة والحقيقة، العناء الذي لا يخفى؛ لهذا جاءت هذه الدراسة؛ لتحرير، وتنقيح، وضبط هذا الموضوع، وجمعه في صعيد واحد؛ ليسهل على طالب العلم الرجوع إليه، والإفادة منه، من هنا جاءت هذه الدراسة؛ لتجيب عن الأسئلة الآتية:

أولاً: تحرير مصطلح الرجوع مما يلتبس به من مصطلحات.

ثانياً: حكم الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

ثالثاً: شروط وموانع الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

رابعاً: أثر الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

حدود الدراسة:

ستكون هذه الدراسة مقتصرة على بحث ما له علاقة بحكم الرجوع في العقود المالية دون غيرها من العقود والتصرفات، كما ستكون مقتصرة على بحث حكم الرجوع في العقود دون التطرق إلى أنواع، أو أركان، أو شروط هذه العقود، إلا حيث ما دعت إليه الحاجة.

هدف البحث:

يتوقع الباحث في نهاية هذه الدراسة أن يحقق مجموعة من الأهداف منها، وأهمها: الوصول بالقارئ إلى تصور كامل لحقيقة الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، ذلك من خلال مجموعة من الأهداف الجزئية التي تمثل بمجملها تصوراً كاملاً لأحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، وهذه الأهداف هي:

---

(1) سورة الكهف، الآية:٤٦.

أولاً: بيان معنى الرجوع، ومجاله في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

ثانياً: بيان حكم الرجوع في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي.

ثالثاً: بيان حكم الرجوع في عقود المشاركات المالية في الفقه الإسلامي.

رابعاً: بيان حكم الرجوع في عقود التوثيقات المالية في الفقه الإسلامي.

خامساً: بيان حكم الرجوع في عقود الإرفاق المالية في الفقه الإسلامي.

سادساً: بيان حكم الرجوع في عقود التبرعات المالية في الفقه الإسلامي.

سابعاً: بيان حكم الرجوع في عقود الإطلاقات المالية في الفقه الإسلامي.

ثامناً: بيان شروط وموانع الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

تاسعاً: بيان أثر الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

منهج البحث:

يعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي القائم على الاستقراء، حيث يقوم الباحث بجمع المادة العلمية، ثم تصنيفها، وتبويبها، وتحليلها؛ للوصول إلى حلول وترجيحات للمسائل المطروحة، وإلى جانب المنهج الوصفي التحليلي المنهج المقارن؛ للمقارنة بين آراء الفقهاء، والترجيح بينها؛ للوصول إلى الراجح منها، وتوظيفه وفق أصول البحث العلمي؛ للوصول في النهاية إلى الحلول المناسبة التي تتفق ومقتضيات عصرنا، ولا تخالف أصول شريعتنا السمحة، التي من أهم خصائصها التيسير، والمرونة، والصلاحية لكل زمان ومكان، بصفتها آخر الرسالات السماوية وخاتمتها.

منهجية الباحث:

بالنسبة لآلية منهج البحث التي استخدمت في هذه الدراسة فقد كانت على النحو الآتي:

أولاً: أبدأ الكلام عما اتفق عليه أكثر الفقهاء من الأحكام المقرونة بالأدلة، فأذكر القول، ومن قال به، ثم أعرض أدلته، وأبين وجه الدلالة لكل دليل، والجواب عنه، ثم أنتقل إلى القول الآخر وأدلته، وهكذا.

ثانياً: العمل ما أمكن على التوفيق بين الآراء والأدلة، فإن تعذر، أعمد إلى ترجيح أحد الأقوال بقوة الدليل، وبما يتفق ومقتضيات عصرنا، ولا يخالف الأصول العامة في الشريعة الإسلامية، ولا يفوتني أن أبين سبب الخلاف ما أمكن قبل البدء في بيان آراء الفقهاء وأدلتهم.

ثالثاً: عزو الآيات الكريمة الى السور ذاكراً اسم السورة، ورقم الآية.

رابعاً: تخريج الأحاديث النبوية الشريفة، والآثار الواردة في البحث من مظانها، والحكم عليها إن لم ترد في الصحيحين، فإن ورد الحديث في الصحيحين، أو أحدهما اكتفيت بالتخريج منه.

خامساً: عزو الأقوال والآراء إلى أصحابها في المصادر والمراجع.

سادساً: نقل العبارة نصاً كما وردت للضرورة، ووضعها بين حاصرتين.

سابعاً: بيان معاني المفردات الغامضة، بالرجوع إلى مصادر اللغة، والتعاريف الإصطلاحية.

ثامناً: وضع قائمة بأسماء المصادر والمراجع.

تاسعاً: وضع الفهارس اللازمة للبحث، وهي:

- فهرس الآيات القرآنية الكريمة.
- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.
- فهرس الآثار المروية عن الصحابة الكرام- رضي ا عنهم أجمعين-.
- فهرس الأعلام، وستكون مجموعة في نهاية الرسالة؛ تفادياً لإثقال الهامش.
- فهرس الموضوعات، وسيكون في مقدمة الرسالة تماشياً مع النظام العام لكتابة الرسائل في كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية.

الدراسات السابقة:

من الحقائق المسلمة أن العلم كالبنيان يكمل بعضه بعضاً، وانطلاقاً من الأمانة العلمية، ومن أن بركة العلم في نسبته إلى أهله، واعتقادي أن الإشارة إلى الدراسات السابقة لن تقلل من أهمية دراستي لهذا الموضوع، بل على العكس، سوف تظهر أهمية الكتابة فيه بالشكل الذي يستحق، من هنا كان لزاماً علي أن أشير إلى الدراسات التي تحدثت حول الموضوع.

فمن الملفت للنظر خلو المكتبة الفقهية من الأبحاث، أو الدراسات التي تتعلق بهذا الموضوع بصفة شاملة، اللهم إلا في بعض المعالجات الفرعية لموضوعات قد تندرج ضمن الهيكل العام لخطة هذه الدراسة.

المحور الأول: الدراسات الشرعية ذات العلاقة بالموضوع

أولاً: الدراسات الموجودة وأمكن الإطلاع عليها

الدراسة الأولى:" أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الاسلامي والقانون الأردني ".

هذه الدراسة عبارة عن رسالة ماجستير للباحث جهاد سالم جريد الشرفات، بإشراف الدكتور رحيل الغرايبة، والدكتور سعدون القشطيني، قدمت في جامعة آل البيت، إحدى الجامعات الحكومية في المملكة الأردنية الهاشمية، عام ١٩٩٩م.

ملخص الدراسة، ووجه الإضافة إليها:

من خلال عنوان الدراسة يظهر للناظر ما أحتوت عليه، وهو التبرعات المالية، فقد تناول الباحث من خلال دراسته أحكام الرجوع في التبرعات المالية فقط.

فقد تكلم عن حكم الرجوع في الهبة، والعارية، والوقف، والوصية، وهذا جميعه لا يمثل بالنسبة لهذه الدراسة سوى جزءٍ بسيط، إذ سأتناول إضافة إلى عقود التبرعات حكم الرجوع في عقود المعاوضات، والمشاركات، والتوثيقات، وعقود الإرفاق، وعقود الإطلاقات، إضافة إلى ذلك مجال الرجوع في العقود المالية، وكذلك شروطه، وموانعه، ومن خلال الاطلاع على الدراسة يمكن القول إن موضوع رسالة الباحث كان في حكم الرجوع في الهبة، إذ تكلم عن الهبة وحكم الرجوع فيها بما تجاوز نصف الرسالة، بالإضافة إلى عدم تناوله لحقيقة الرجوع ومجاله، أما عدم تناوله لحكم الرجوع في عقود المعاوضات، والمشاركات، والتوثيقات، والإرفاق، والإطلاقات، فهذا يعذر به الباحث؛ لعدم دخوله تحت عنوان دراسته، ومن هنا فإن وجود مثل هذه الدراسة في هذا الموضوع لا تغني عن الكتابة فيه.

الدراسة الثانية:" أثر الرجوع عن التصرفات في الفقه الإسلامي ".

هذه الدراسة عبارة عن رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، للباحث عبدالحليم حافظ حجازي، قدمت في جامعة النجاح الوطنية في نابلس في دولة فلسطين، بإشراف الدكتور أمير عبدالعزيز رصرص، عام ١٩٩٩م.

ملخص الدراسة: تتألف هذه الرسالة من خمسة فصول:

الفصل الأول منها جعله الباحث للحديث عن تعريف الرجوع، وأنواع التصرفات، أما الفصل الثاني فجعله للحديث عن آثار التوبة، وجعل الفصل الثالث للحديث عن الرجوع عن الشهادة وأثره، وجعل الفصل الرابع للحديث عن الرجوع عن الإقرار، أما الفصل الخامس والأخير من هذه الدراسة، فكان ذا علاقة بموضوع بحثنا، تكلم فيه الباحث عن أثر الرجوع في العقود.

ما يؤخذ على هذه الدراسة، ووجه الإضافة إليها:

يؤخذ عليها عدم تناولها لجميع العقود، إضافة إلى اختصاره الشديد لدرجة أنه لم يتجاوز الصفحة، أو الصفحتين عند كلامه عن بعض العقود بل جميعها ما عدا الهبة.

أما بالنسبة إلى نوع الإضافة، فلم أقف على مجرد بحث الأثر المترتب على الرجوع في العقود، بل بحثت مجال الرجوع في العقود المالية، وحكم الرجوع فيها، وكذلك شروط الرجوع وموانعه، من خلال جعلي لعنوان الأطروحة " أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي " (دراسة فقهية مقارنة)؛ لبحثها بشكل مستفيض ومفصل، وليس مجرد بحثها بشكل مختصر في فصل من رسالة ماجستير.

هذا بالنسبة للدراسات المقدمة والموجودة في المملكة الأردنية الهاشمية، وأمكن الاطلاع عليها، فالدراسة الأولى قدمت في إحدى الجامعات الأردنية وهي جامعة آل البيت، أما الدراسة الثانية فموجودة في مكتبة الجامعة الأردنية وإن كانت قد قدمت في جامعة النجاح الوطنية في نابلس في دولة فلسطين.

ثانياً: الدراسات غير المتوفرة ذات العلاقة بالموضوع

هناك بعض الدراسات ذات العلاقة بالموضوع لم أستطع الحصول عليها، وإنما حصلت على عناوينها من خلال موقع مركز الملك فيصل للأبحاث على الشبكة الالكترونية، أكتفي بذكر عناوينها من باب الإحاطة بالدراسات ذات العلاقة بالموضوع، وللإشارة الى أن هذا الموضوع لم يسبق الكتابة فيه، وهي:

الدراسة الأولى:" الرجوع عن التبرعات المحضة في الفقه الإسلامي " رسالة ماجستير للباحث عبدا بن سعد بن إبراهيم القميجان.

الدراسة الثانية:" الرجوع في التبرعات في الفقه الإسلامي " رسالة ماجستير للباحث سعيد بن بريك القرني.

الدراسة الثالثة:" الهبة وحكم الرجوع فيها " رسالة ماجستير للباحث عبدا بن عبدالرحمن الخنين.

المحور الثاني: الدراسات القانونية ذات العلاقة بالموضوع

تنحصر في دراسة واحدة فقط لا غير، وهي:

أحكام الرجوع القضائي في الهبة (دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه الإسلامي، وبعض التشريعات العربية، مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية).

للدكتور مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أستاذ القانون المدني، كلية الحقوق، بني سويف، جامعة القاهرة.

ملخص الدراسة:

تتألف هذه الدراسة من أربعة مباحث، ومبحث تمهيدي:

المبحث الأول:تناول فيه الباحث الرجوع القضائي في الهبة، وموقف القانون المدني المصري منه.

المبحث الثاني: تناول فيه أعذار الرجوع القضائي في الهبة في القانون المدني المصري.

المبحث الثالث: تناول فيه ضرورة صدور حكم قضائي بالرجوع في الهبة.

المبحث الرابع: ختم فيه بحثه متناولاً آثار الرجوع في الهبة في القانون المصري.

أما المبحث التمهيدي، فهو الذي كان ذو علاقة بموضوع بحثنا، تكلم فيه الباحث عن الرجوع في الهبة، وموقف الفقه الإسلامي منه.

ما يؤخذ على هذه الدراسة، ووجه الإضافة إليها:

لا يخفى على الناظر فيما احتوته هذه الدراسة من أن مثلها لا يمنع من الكتابة في هذا الموضوع، إذ لم تغطِ من موضوع بحثنا إلا الشيء اليسير، وهو حكم الرجوع في الهبة، إذ انصب جهد الباحث في هذه الدراسة على بيان حكم الرجوع في الهبة، وأعذاره، وآثاره من الوجهة القانونية، وهذا يعذر به الباحث؛ لأن البحث كان من منظور قانوني وهو ما أشار إليه في عنوان كتابه " أحكام الرجوع القضائي في الهبة (دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه الإسلامي، وبعض التشريعات العربية، مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية) فقد أشار إلى أنه لن يتطرق إلى رأي الفقه الإسلامي إلا من باب الإشارة، وقد فعل.

خطة البحث:

تتألف هذه الدراسة من مقدمة، وستة فصول، وخاتمة، جاءت على النحو الآتي:

الفصل الأول: حقيقة الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: تعريف الرجوع والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني: مجال الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: حكم الرجوع في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: الرجوع في عقد البيع.

المبحث الثاني: الرجوع في عقد الاستصناع.

المبحث الثالث: الرجوع في عقد الإجارة.

المبحث الرابع: الرجوع في عقد الجعالة.

المبحث الخامس: الرجوع في عقد القسمة.

المبحث السادس: الرجوع في عقد التحكيم.

الفصل الثالث: حكم الرجوع في عقود المشاركات المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: الرجوع في عقد الشركة.

المبحث الثاني: الرجوع في عقد المضاربة.

المبحث الثالث: الرجوع في عقد المزارعة.

المبحث الربع: الرجوع في عقد المساقاة.

الفصل الرابع: حكم الرجوع في عقود التوثيقات المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: الرجوع في عقد الرهن.

المبحث الثاني: الرجوع في عقد الكفالة.

المبحث الثالث: الرجوع في عقد الحوالة.

الفصل الخامس: حكم الرجوع في عقود الإرفاق المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: الرجوع في عقد القرض.

المبحث الثاني: الرجوع في عقد العارية.

المبحث الثالث: الرجوع في عقد الوديعة.

الفصل السادس: حكم الرجوع في عقود التبرعات والإطلاقات المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: الرجوع في عقد الهبة.

المبحث الثاني: الرجوع في عقد الوقف.

المبحث الثالث: الرجوع في عقد الوصية.

المبحث الرابع: الرجوع في عقد الوكالة.

الثلاثة الأولى يشملها لفظ التبرعات، أما الأخير فهو خاص بالإطلاقات، وإنما أدرج ضمن هذا الفصل؛ لقلة المادة العلمية لجعله في فصل مستقل.

ثم أتبعتها الخاتمة، وكانت عبارة عن إجمال لما خلصت إليه الدراسة من نتائج.

كما وأسأل ا - العلي العظيم- أن يرشدنا طريقه المستقيم، وأن يرزقنا العمل بما نعلم، إنه سميع قريب.

وأسأله -عزوجل- أن يكتب الأجر، ويمحو الوزر، ويحقق النفع، وإن ا لهادي الذين آمنوا إلى صراط مستقيم.

بقلم الباحث

أنس عبدالواحد صالح الجابر

الفصل الأول

حقيقة الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

تعريف الرجوع والألفاظ ذات الصلة

المطلب الأول

تعريف الرجوع لغةً واصطلاحاً

الفرع الأول: الرجوع لغةً

مصدر رجع، يطلق في اللغة ويراد به عدة معانٍ، منها[١]:

أولاً: رجع بمعنى عاد، يقال: رجع فلان من سفره، عاد منه، ومنه رجع في هبته، إذا أعادها إلى ملكه.

ثانياً: رجع بمعنى عدل، يقال: رجع عن رأيه، أي عدل عنه.

ثالثاً: رجع بمعنى ترك، يقال: رجع عن الشيء، تركه.

رابعاً: رجع بمعنى ارتد وانصرف، يقال: رجع هو، ارتد وانصرف.

قال ابن فارس:" الراء، والجيم، والعين، أصل كبير مطرد منقاس، يدل على رد وتكرار"[٢].

لا شك أن المعاني السابقة وإن كانت متقاربة إلى حدٍ كبير، إلا أن المعنى الأول، هو الأقرب إلى المعنى المراد هنا للبحث، إذ إن الراجع عن عقده يعود برجوعه إلى حال ما قبل العقد.

---

(1) انظر: ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، ت:(٧١١هـ). لسان العـرب، دار صادر، بيروت، مادة: رجع، ج٨، ص١١٤ والرازي، محمد بن أبي بكر، ت:(٧٢١هـ). مختـار الـصحاح، طبعـة جديدة، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، باب الراء، ص٩٩ ومجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، قام بإخراجه: إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القـادر، محمد علي النجار، مطبعة دار الدعوة، مادة رجعت، ج١، ص٣٣١ والكفوي، أبو البقاء بن موسى الحسيني، الكليـات (معجم المصطلحات والفروق اللغوية)، الطبعة الثانية، عدد الأجزاء:(١)، منشورات وروابط الثقافة والإرشاد القـومي، دمشق، ١٩٨٢م، ص٣٩٠، ٣٩١.

(2) ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا، ت:(٣٩٥هـ). معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هـارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، مادة: رجع، ج٢، ص٤٩٠.

الفرع الثاني: الرجوع اصطلاحاً

من استقراء مواطن لفظ الرجوع عند الفقهاء، يرى الباحث أنه لم يرد عند الفقهاء الأوائل تعريف خاص بالرجوع، بل كان استعمالهم له لا يخرج عن المعنى اللغوي.

ونتيجة لاستقراء مقتضى مواطن لفظ الرجوع عند الفقهاء، يرى الباحث أنهم أحياناً يطلقون لفظ الرجوع ويقصدون به معنى أصيلاً، وأحياناً يطلقونه ويقصدون به معنى تبعياً، حيث يمكن إيضاح ذلك على النحو الآتي:

أما قولنا معناه المقصود أصالةً: فهو حكم الرجوع في العقد، والذي يعنى به: رفع حكم العقد، وإعادته إلى ما كان عليه، ومنه قوله تعالى: **﴿إنه على رجعِهِ لقادِرٌ﴾**[1].

قال الشوكاني في تفسير هذه الآية:" إن الله سبحانه وتعالى على رجع الإنسان، أي إعادته بالبعث بعد الموت لقادر"[2]، ومعنى ذلك: إعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل الموت.

من هنا يرى الباحث أن الرجوع في العقد: هو العود إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة.

أقصد بقولي " وفق شروط مخصوصة ": أن يكون العقد نطاق الرجوع عقداً غير لازم، سواء أكان غير لازم بطبيعته، كالهبة، أم غير لازم لعارض، كدخول الخيار على العقد اللازم، ومثاله البيع بشرط الخيار، فيكون قولي:" وفق شروط مخصوصة " قيداً لإخراج العقد اللازم.

هذا يتفق مع ما ذهب إليه صاحب المصطلحات والفروق اللغوية في تعريفه للرجوع بأنه:" العود إلى ما كان عليه مكاناً، أو صفة، أو حالاً، يقال: رجع إلى مكانه، وإلى حالة الفقر، أو الغنى، ورجع إلى الصحة، أو المرض، أو غيره من الصفات "[3].

وأما قولنا معناه المقصود تبعاً: فهو ما يترتب على رفع حكم العقد من أثر، ويتمثل برجوع المشتري في الثمن، ورجوع البائع بالمبيع مثلاً.

بعد هذا العرض في بيان مفهوم الرجوع، وما يقصد به عند الفقهاء أصالة، أو تبعاً، نقول وبالله التوفيق: إن محور هذه الدراسة لن يخرج عن معناه المقصود أصالةً، وبيان ما يشترط لتحققه من شروط وانتفاء للموانع، دون التطرق للمعنى المقصود تبعاً، إذ إن بحث المعنى المقصود تبعاً إنما يكون تحت عنوان آخر، هو أثر الرجوع، لا حكم الرجوع، أو ما يعرف بمصطلح الاسترداد.

---

(1) سورة الطارق، الآية:٨.

(2) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ت:(١٢٥٠هـ). فتح القدير بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج٥، ص٤٢٠.

(3) الكفوي، أبو البقاء بن موسى الحسيني، الكليات (معجم المصطلحات والفروق اللغوية)، ص٣٩٠، ٣٩١.

المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة

هناك بعض الألفاظ التي بينها وبين مصطلح الرجوع صلة وارتباط، إلا أنها في حقيقة الأمـر إن أطلقت لا تؤدي المعنى الذي يؤديه الرجوع، وهي الفسخ، والرد، والإقالة؛ لذا كان لا بد مـن بحثهـا وبيان صلتها بمصطلح الرجوع، وبيان وجه الاختلاف بينها وبين الرجوع، وفيما يلي بيان ذلـك فـي الفروع الآتية: **الفرع الأول: الفسخ**

الفسخ لغة: مصدر فسخ بمعنى نقض، ومنه فسخت البيع: أي نقضته، فانتقض، ويـأتي بمعنـى أزال، ومنه فسخ المفصل: أي أزاله عن موضعه(1).

ويستعمل الفقهاء الفسخ بمعنى الرجوع أحياناً، ومن ذلك قول الزركشي:" الفسخ لفظ ألفه الفقهـاء ومعناه: رد الشيء، واسترداد مقابله "(٢).

واستعمال لفظ الفسخ عند الفقهاء بمعنى الرجوع يظهر بشكل بين عند كلامهم عن الرجوع في عقد الشركة، حيث ذهب الحنفية(٣)، والشافعية(٤)، والحنابلة (٥) إلى التعبير عن الرجوع في عقد الشركة بلفظ الفسخ، في حين ذهب المالكية إلى التعبير عن الرجوع في عقد الـشركة بلفـظ الإنفـصال، بقـولهم: (أن ينفصل عن شريكه)(٦)، أو (أن ينفصل من الشركة)(٧)، ومن استقراء باب الشركة في كتب الفقهاء، يرى الباحث أنهم لم يذكروا عبارة الرجوع عن الشركة مطلقاً(٨)، وقد يعلل ذلك على اعتبار أن الفسخ طريق من طرق إنهاء العقد، فيمكن اعتباره رجوعاً عن العقد مجازاً.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: فسخ، ج٣، ص٤٤، ٤٥.

(2) الزركشي، أبو عبد ا بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد ا الشافعي، ت:(٧٩٤هـ). المنثور في القواعد، الطبعة الثانية، تحقيق: الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، ١٤٠٥هـ، ج٣، ص٤٧.

(3) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، ت:(٥٨٧هـ). بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج٦، ص٧٧.

(4) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، ت:(٦٧٦هـ). روضة الطالبين وعمدة المفتـين، الطبعـة الثانيـة، المكتـب الإسلامي، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ج٤، ص٢٨٣.

(5) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، ت:(١٠٥١هـ). كشاف القناع عـن مـتن الإقنـاع، الطبعـة الأولـى، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٢هـ، ج٣، ص٥٠٦.

(6) الحطاب، أبو عبدا محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطـاب الرعينـي، ت:(٩٥٤هـ). مواهب الجليل، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٩٨هـ، ج٥، ص١٢٢.

(7) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، ت:(٥٩٥هـ). بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيـروت، لبنان، ج٢، ص١٩٢.

(8) انظر المراجع في الهوامش الخمس السابقة:(٣- ٧)، نفس المواطن.

مع ثبوت استعمال لفظ الفسخ عند الفقهاء بمعنى الرجوع في بعض المسائل، غير أن الباحث يرى أن هذا الاستعمال ليس على إطلاقه، إذ لا يخفى على الناظر في غاية، ومحل كل منهما أموراً تجعل من الرجوع مصطلحاً مغايراً للفسخ، حيث يمكن إيضاح ذلك على النحو الآتي:

أولاً: فرق ابن نجيم بين الرجوع والفسخ بأمرين:

الأول:" الفقهاء صرحوا أن الواهب لا يملك الزوائد المنفصلة برجوعه "[١]، ومقتضى ذلك أن الرجوع ليس له أثر رجعي، أما الفسخ فله أثر رجعي؛ لأن الواهب لا يملك الزوائد المنفصلة برجوعه، ويملكها بالفسخ.

هذ يتفق مع القول القاضي بكون الفسخ رفع العقد من أصله، لا من حينه، وهو قول الحنفية[٢]، وقول عند الشافعية[٣]، ورواية عند الحنابلة[٤]، خلافاً للمالكية الذين يرون أن الفسخ رفع العقد من حينه، لا من أصله[٥].

---

(1) ابن نجيم، إبراهيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الحنفي، ت:(٩٧٠هـ). البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج٢، ص٢٣٦.

(2) **قال الكاساني**: فسخ العقد: رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن ". انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٣٩ وانظر: نفس المرجع، ج٢، ص٢٩٥ و ج٢ ص٣٣٦ و ج٣، ص١٤٤ و ج٥، ص١٨١ و ج٥، ص١٨٢.

(3) **عند الشافعية ثلاثة أقوال: الأول:** الفسخ يرفع العقد من حينه، لا من أصله، على الصحيح. **الثاني**: يرفعه من أصله. **الثالث:** يرفعه من أصله إن كان قبل القبض. انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٨٩.

(4) **عند الحنابلة ثلاثة أقوال: الأول:** الفسخ رفع للعقد من حينه، وهو المذهب. **الثاني:** الفسخ رفع للعقد من أصله، وبه قال ابن قدامة. **الثالث:** التفريق بين الفسخ بالعيب والفسخ بالخيار، فقالوا: الفسخ بالعيب: رفع للعقد من حينه، والفسخ بالخيار: رفع للعقد من أصله، وبه قال: القاضي، وابن عقيل في خلافيهما. انظر: المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان، ت:(٨٨٥هـ). الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج٤، ص٤٨١، ٤٨٢.

(5) الدردير، أبو البركات أحمد، ت:(١٢٠١هـ)٠الشرح الكبير، تقرير: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج٣، ص١٣٨.

الثاني: قال:" لو وهب النصاب ثم استفاد مالاً في خلال الحول، ثم رجع في الهبة، يستأنف الحول في المستفاد من حين استفاده "[١].

وجه ابن نجيم الاستدلال بهذه المسألة، فقال:" هذه المسألة تدل على أن الرجوع في الهبة ليس فسخاً للهبة، إذ لو كان فسخاً لما وجب استئناف في المستفاد وقت الاستفادة "[٢] مما يدل على أن ابن نجيم فرق بين الرجوع والفسخ.

قد يرد على الاستدلال بكلام ابن نجيم: إن محور كلامه عن الرجوع في الهبة فقط، دون بقية العقود !

يجاب عنه: إن العلة في عقد الهبة كونه عقداً غير لازم، ومن ثم ينسحب حكمه على بقية العقود غير اللازمة، بجامع الاشتراك في العلة، وهي: عدم اللزوم.

ثانياً: يمكن أن نفرق بين الرجوع والفسخ من حيث محل كل منهما، إذ الفسخ محله العقود اللازمة، في حين الرجوع محله العقود غير اللازمة.

قال الدسوقي المالكي مؤكداً ومبيناً لذلك:" العقد غير اللازم لا يطلق على تركه فسخ، إلا بطريق التجوز، إذ حق الفسخ إنما يستعمل في ترك الأمر اللازم "[٣].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٢، ص٢٣٦.

(2) المرجع السابق، ج٢، ص٢٣٦.

(3) الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، ت:(١٢٣٠هـ). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تقرير: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج٤، ص٦٥.

لم يقف الحال في التفريق بين مصطلح الرجوع والفسخ عند أهل الفقه وحسب، بل تبعهم كذلك شراح القانون، عند تمييزهم بين نظام الرجوع ونظام الفسخ، حيث ذكروا جملة من الأمور للتمييز من خلالها بين النظامين، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: قال الأستاذ السنهوري في هذا الصدد ما نصه:" ليس للرجوع في حالة عدم لزوم العقد لأحد العاقدين دون الآخر أثر رجعي، فإذا رجع العاقد الذي لا يلزمه العقد، انفسخ العقد من وقت رجوعه، وبقيت آثار العقد إلى وقت الرجوع قائمة "[١].

يستخلص من كلام الأستاذ السنهوري أمران:

الأول: الرجوع ليس له أثر رجعي، وهذا لا يخرج عما ذكره ابن نجيم رحمه ا [٢].

الثاني: الفسخ يعَد أثراً من آثار الرجوع.

يتبين ذلك من قوله:" فإذا رجع العاقد...انفسخ العقد " رتب الفسخ على الرجوع.

ثانياً: قالوا: الغاية من الرجوع تختلف عنها من الفسخ، إذ إن الغاية من الفسخ جزاء أساسه خطأ المدين، والمتمثل في إخلاله بالتزاماته الناشئة عن العقد، أما الغاية من الرجوع، فليست جزاء يوقع على الراجع، وإنما هو حق قرره له المشرع لاعتبارات خاصة، من هنا فالغاية من الرجوع تختلف عن الغاية من الفسخ مما يستدعي التمييز بينهما[٣].

ثالثاً: اختلاف محل كل منهما، فالرجوع محله العقود غير اللازمة، أما الفسخ فلا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، وبالتالي لا يتصور أن تكون العقود غير اللازمة محلاً للفسخ [٤].

هذا الفارق عند شراح القانون يوافقون فيه ما ذكره الدسوقي المالكي[5].

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، لبنان، ج٤، ص١٩٨.

(2) انظر: ص١٢ من هذه الرسالة.

(3) حجازي، مصطفى أحمد عبد الجواد، أحكام الرجوع القضائي في الهبة (دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه الإسلامي، وبعض التشريعات العربية)، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء(١)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م/٢٠٠١م، ص٣٢.

(4) المرجع السابق، ص٣٢، ٣٣.

(5) انظر: ص١٣ من هذه الرسالة.

مما تقدم يتبين تمييز مصطلح الرجوع عن الفسخ، لاختلافهما من حيث الأثر الرجعي، واخـتلاف غاية ومحل كل منهما.

لكن هذا لا يمنع أن يكون الفسخ أثراً للرجوع، فإذا حصل الرجوع مستوفياً شرطه، منتفياً مانعـه، انفسخ العقد.

قال الكاساني:" إذا انفسخ العقد بالرجوع، عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب "[١].

وقال السيوطي:" الهبة يتطرق إليها الفسخ بالرجوع في هبة الأصل للفرع "[٢].

ومقتضى كلامهم أن الرجوع سبب من أسباب فسخ العقد.

وقريب منهما قول الأستاذ السنهوري، حيث قال:" فإذا رجع العاقد الذي لا يلزمه العقـد، انفـسخ العقد"[٣]، رتب فسخ العقد على الرجوع.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٣٤.

(2) السيوطي عبدالرحمن بن أبي بكر، ت:(٩١١هـ). الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ، ص٢٨٩.

(3) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، ص١٩٨.

الفرع الثاني: الرد

الرد لغة:" صرف الشيء ورجعه، وفي التنزيل: **فَأَقِمْ وجهكَ لِلدينِ القَيِمِ مِن قَبلِ أَن يأْتِيَ يومٌ لا مرد له مِن اللهِ يومئِذٍ يصدعون** [١]، قال ثعلب: يعني يوم القيامة؛ لأنه شيء لا يرد "[٢].

والفقهاء أحياناً يستعملون الرد والرجوع بمعنى واحد[٣]، ومنه قولهم:

" وألفاظ الرجوع رجعت في هبتي، أو ارتجعتها، أو رددتها إلى ملكي "[٤].

وقولهم:"لكل منهما-أي للمعير، والمستعير- رد العارية متى شاء...ورد المعير بمعنى رجوعه"[٥].

وقولهم في الرجوع في الوصية:" وإن قال موصٍ رجعت في وصيتي، أو قال: أبطلتها، ونحوه كرددتها، بطلت "[٦].

مع هذا الاستعمال عند الفقهاء للرد بمعنى الرجوع، والظاهر من صريح عباراتهم السابقة، إلا أن لفظ الرجوع يختلف عن الرد من حيث كون " الرجوع يختص فيمن يصدر منه التصرف، كالرجوع في الهبة، والوصية، في حين يستعمل الرد فيمن صدر التصرف لصالحه، كرد المستعير للعارية، ورد الموصى له الوصية "[٧].

من ذلك نفرق بين الرجوع والرد، بكون الرد أثراً من آثار الرجوع، فإذا حصل الرجوع عن عقد من العقود -عقد البيع مثلاً- ترتب عليه أثره، ذلك بأن يسترد البائع المبيع، ويسترد المشتري الثمن، وكذلك إذا حصل الرجوع عن عقد الهبة، ردت الهبة إلى مالكها، وهكذا.

قال الكاساني:" إذا انفسخ العقد بالرجوع، عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب "[٨].

مما تقدم يتبين أن الرد يتفق مع المعنى المقصود تبعاً للرجوع، وهو ما يترتب على رفع حكم العقد من أثر، ونخلص إلى القول إن الرد هو الأثر الثاني للرجوع بعد الفسخ.

---

(1) سورة الروم، الآية٤٣.

(2) ابن منظور، لسان العرب، مادة: ردد، ج٣، ص١٧٢، ١٧٣.

(3) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفوة، مصر، مصطلح رجوع، ج٢٢، ص١٢٧.

(4) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، ت:(١٢٥٢هـ). حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ، ج٨، ص٤٦١ وسيشار إليه فيما بعد بالإسم الذي اشتهر به وهو (حاشية ابن عابدين).

(5) الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي، ت:(٩٧٧هـ). مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج٢، ص٢٧٠.

(6) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس الحنبلي، ت(١٠٥١هـ). شرح منتهى الإرادات، الطبعة الثانية، عالم الكتب ١٤١٦هـ/١٩٩٦م، ج٢، ص٤٦١.

(7) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، مصطلح رجوع، ج٢٢، ص١٢٨.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٣٤.

الفرع الثالث: الإقالة

أولاً: الإقالة لغةً:" الفسخ، يقال: أقاله، يقيله، وتقايلا: إذا فسخا البيع وعاد المبيع إلى مالكه، والثمن إلى المشتري "[١].

ثانياً: الإقالة اصطلاحاً: عرفها الفقهاء بعدة تعريفات[٢]، أهمها ما ذكره ابن نجيم، حيث عرفها بالمعنى العام، والمعنى الخاص، فقال[٣]: الإقالة بالمعنى العام: رفع العقد.

وأما الإقالة بالمعنى الخاص فهي: رفع عقد البيع.

من خلال التعريف السابق لمصطلح الإقالة لغةً واصطلاحاً، يرى الباحث أن هناك صلة بين كل من الرجوع والإقالة، حيث إن كلاً منهما يدل على رفع حكم العقد، والعود فيه إلى ما كان عليه، ومع هذا الاتفاق بينهما من حيث المفهوم العام، إلا أن الرجوع يختلف عن الإقالة من حيث شرط ومحل كل منهما، إذ إن من شروط صحة الإقالة رضا المتعاقدين، وفي ذلك يقول ابن نجيم:" وأما شرائط صحتها - أي الإقالة - فمنها رضا المتعاقدين؛ لأن الكلام في رفع عقد لازم، وأما رفع ما ليس بلازم فلمن له الخيار، بعلم صاحبه، لا برضاه "[٤].

من هنا يرى الباحث أن الرجوع يختلف عن الإقالة من حيث اشتراط رضا المتعاقدين لصحتها، في حين لا يشترط ذلك في الرجوع، إذ قد يحصل الرجوع مع انعدام الرضا من أحدهما.

كذلك يمكن أن يؤخذ من كلام ابن نجيم فارق آخر للتمييز بين الرجوع والإقالة، حيث قال:" الكلام في رفع عقد لازم " إذ يشير إلى محل الإقالة، وهو العقود اللازمة، في حين محل الرجوع ومداره إنما يكون في العقود غير اللازمة، سواء أكان عدم اللزوم أصلياً في العقد، أم عارضاً.

من ذلك يتبين اختلاف الرجوع عن الإقالة، من حيث شرط ومحل كل منهما.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: قيل، ج١١، ص٥٨٠.

(2) **عرفها المالكية بأنها:**" ترك المبيع لبائعه ". انظر: أبو عبدا محمد بن أبي القاسم العبدري، (الشهير بالمواق)، ت:(٨٩٧هـ). التاج والإكليل، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٩٨هـ، ج٤، ص٤٨٤.

عرفها الشافعية بأنها:" رفع العقد من حينه ". انظر: الزركشي، أبو عبدا محمد بن بهادر بن عبدا ، ت:(٧٩٤هـ) خبايا الزوايا، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: عبد القادر عبدا العاني، وزارة الأوقاف، الكويت، ١٤٠٢هـ، ج١، ص٢٣٩.

عرفها الحنابلة بأنها:" فسخ للعقد ورفع له من حينه ". انظر: ابن مفلح، أبو عبدا محمد المقدسي، ت:(٧٦٢هـ). الفروع، الطبعة الأولى، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ، ج٤، ص٩٣ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٤٨١.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١١٠.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١١٠ وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٣٠٨ والزركشي، المنثور، ج٣، ص٤٧.

المبحث الثاني

مجال الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي

تمهيد:

إذا وقع العقد صحيحاً، مستوفياً أركانه، وشروطه، أصبح لازماً للعاقدين، ليس لأحدهما الرجوع عنه، إلا إذا وجد سبباً يعطيه حق الرجوع.

قال الأستاذ السنهوري:" إذا كان العقد قابلاً لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده دون توقف على رضا العاقد الآخر، إما لأن طبيعته تقتضي ذلك، وإما لأن فيه خياراً "[1].

من خلال هذا الكلام الموجَز بحجمه، الموجِز بمعناه، يتبين أن مجال الرجوع في العقود المالية ينحصر في أمرين:

الأول: العقود غير اللازمة لطبيعة العقد.

الثاني: العقود غير اللازمة لوجود الخيار.

وسأعمل من خلال هذا المبحث على إفراد كل منهما في مطلب مستقل، معرفاً به، مبيناً لأحكامه، مظهراً للفرق بينهما:

---

(1) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، ص١٣١.

المطلب الأول

العقود غير اللازمة لطبيعة العقد

سأتناول هذا المبحث في فرعين: الأول في تعريف العقد غير اللازم باعتبـاره مركبـاً إضـافياً، والثاني في بيان أقسامه:

الفرع الأول: تعريف العقود غير اللازمة: وتسمى بالعقود الجائزة

العقد غير اللازم مركب إضافي، وحتى يتم تحديده لا بد من تعريف شقيه:

أولاً: تعريف العقد لغةً واصطلاحاً

العقد لغةً:" نقيض الحل، والعقد: العهد، والجمع: عقود "[١].

وفي معجم مقاييس اللغة:" العين، والقاف، والدال: أصل واحد، يدل على شدَ، وشِدة وثوق، وإليـه ترجع فروع الباب كلها "[٢].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: عقد، ج٣، ص٢٩٦، ٢٩٧.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: عقد، ج٤، ص٨٦.

العقد اصطلاحاً:

عرفه الجرجاني بقوله:" العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب* والقبول* شرعاً "[(١)].

جاء في المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية، العقد: التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً.

وفي المادة (١٠٤) الانعقاد: تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما[(٢)].

وقد جمع القانون المدني الأردني ما جاء في المادتين السابقتين من مجلة الأحكام العدلية في تعريف واحد، فصاغ تعريف العقد في المادة (٨٧) بأنه:" ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه إلتزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

مما تقدم يتبين أن تعريف مجلة الأحكام العدلية تعريف جامع مانع؛ لشموله كل ما يحتاجه العقد.

---

* **تعريف الإيجاب والقبول:**

الإيجاب: عرفه جمهور الفقهاء بأنه: ما يصدر من قبل البائع يدل على التمليك بعوض دلالة ظاهرة، كبعتك بكذا، وملكت بكذا. **والقبول:** ما يصدر من قبل المشتري يدل على التمليك دلالة ظاهرة، كاشتريت، وتملكت، وقبلت.
انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣ وابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبدا ، ت:(٨٨٤هـ)، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ، ج٤، ص٤.

أما الحنفية فعرفوا الإيجاب بأنه: إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً، سواء أوقع من البائع، أم من المشتري، كأن يبتدئ المشتري، فيقول: اشتريت منك هذا بألف. **والقبول**: هو الفعل الثاني. **وجه ذلك**: أن كلاً منهما إيجاب- أي إثبات- فسمي الثاني بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأول؛ ولأنه يقع قبولاً ورضا بفعل الأول. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٠٦، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية، حيث عرفت **الإيجاب** في المادة (١٠١) بأنه:" أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف **". وعرفت القبول** في المادة (١٠٢) بأنه:" ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد ". انظر: جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، عدد الأجزاء(١)، تحقيق: نجيب هواويني، كارخانة تجارت كتب، ص٢٩.

(1) الجرجاني، علي بن محمد بن علي، ت:(٨١٦هـ). التعريفات، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء(١)، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ، ص١٩٦.

(2) مجلة الأحكام العدلية، ص٢٩ ومن يرد الاستزادة فلينظر: الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، ج١، ص٣٨١ وما بعدها، والزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٩ هـ/١٩٨٩م، ج٤، ص٨٠ وما بعدها، والتركماني، عدنان غالب، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء(١)، دار الشروق، السعودية، ١٤٠١هـ/١٩٨١م، ص١٦ وما بعدها، والبعلي، عبد الحميد محمود، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء(١)، مؤسسة الشرق، الدوحة، قطر، ١٩٨٥م، ص٢٧ وما بعدها، وسراج، محمد أحمد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، عدد الأجزاء(١)، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٩٢م، ص١٩ وما بعدها.

ثانياً: تعريف اللزوم لغةً واصطلاحاً

أولاً: اللزوم لغة: مصدر لزم يلزم ملزوم، وهو: الملازمة للشيء، والدوام عليه[١].

ثانياً: اللزوم اصطلاحاً: قال الأستاذ الزرقا: الإلزام في نظرية العقد يقع على معنيين[٢].

الأول: إنشاء الالتزامات.

الثاني: عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة.

ثالثاً: تعريف العقد غير اللازم باعتباره مركباً إضافياً

عرف ابن نجيم العقد غير اللازم بقوله:" ما كان مشروعاً بأصله، ووصفه، ولم يتعلق بـه حـق الغير، وفيه الخيار"[٣]، فالشطر الأول من التعريف: يتعلق به العقد غير الـلازم لطبيعتـه، والـشطر الثاني: العقد غير اللازم بسبب الخيار.

ومن مقتضى كلام الأستاذ الزرقا في تعريفه للإلزام[٤]، والاستدلال بمفهومه، مفهـوم المخالفـة* يتبين أن **العقد غير اللازم هو:** الذي يحق لكل من العاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، دون توقـف على إرادة ورضا العاقد الآخر.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: لـزم، ج١٢، ص٥٤١ والفيروزآبـادي، مجـد الـدين محمـد بـن يعقـوب، ت:(٨١٧هـ). القاموس المحيط، الطبعة الثانية، مكتبة مصطفى البابي، مصر، ١٣٧١هـ/١٩٥٢م، فصل: اللام، باب: الميم، ج٤، ص١٧٧.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٥١٣ **وافقه على التعريف الثاني التركماني حيث قال:**" اللزوم عدم إمكـان رجوع العاقد عن عقده برغبته ". انظر: التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص١٩٧.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٧٥.

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٥١٣.

* **مفهوم المخالفة (دليل الخطاب): عرفه الجرجاني، فقال:**" هو ما يفهم منه بطريق الالتزام، وقيل: هـو أن يثبـت الحكم في المسكوت على خلاف ما يثبت في المنطوق ". انظر: الجرجاني، التعريفـات، ص٢٨٨، **وعرفـه الآمـدي، فقال:**" هو نفي مثل حكم المنطوق في محل السكوت ". انظر: الآمدي، أبو الحسن علي بـن محمـد، ت:(٦٣١هـ). الأحكام، الطبعة الأولى، تحقيق الدكتور سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٤هـ، ج٣، ص٧٩، **وعرفه الشوكاني، فقال:**" هو أن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمذكور في الحكم إثباتا ونفياً، فثبت للمسكوت عنه نقيض حكم المنطوق ". انظر: الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ت:(١٢٥٠هـ). إرشاد الفحول، الطبعة الأولى، تحقيـق: محمد سعيد البدري أبو مصعب، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ج٣، ص٢٠٣.

وعليه فإن عدم لزوم العقد يبيح لمن هو غير لازم في حقه الرجوع عنه، والتحلل منه، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، هذا في حال توافرت شروط الرجوع، وانتفت موانعه[١].

الفرع الثاني: أقسام العقد غير اللازم

عدم اللزوم قد يكون من الجانبين، وقد يكون من جانب واحد، وعليه يقسم العقد غير اللازم بالنسبة لصاحب الحق في الرجوع إلى قسمين:

القسم الأول: جائز من الطرفين: وهو العقد الذي يحق لكلا العاقدين الرجوع عنه، والتحلل منه دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، في حال توافرت شروط الرجوع، وانتفت موانعه، كالإيداع، والإعارة، والشركة، والمضاربة، والوصية، والهبة[٢].

القسم الثاني: لازم من طرف جائز من الطرف الآخر: وهو العقد اللازم في حق أحد العاقدين دون الآخر، فيحق لمن هو غير لازم في حقه الرجوع عنه، والتحلل منه بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، كالرهن، والكفالة[٣].

---

(1) انظر مقتضى كلام الفقهاء: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٧، والقرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، ت:(٦٨٤هـ). الذخيرة، الطبعة الأولى، تحقيق: محمد حجي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٩٤م، ج٨، ص٥١ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢١٩ والحصني، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء(١)، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي، ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، ١٩٩٤م، ج١، ص٢٩١ وابن قدامة، أبو محمد عبدا بن أحمد المقدسي، ت:(٦٢٠هـ). المغني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ، ج٤، ص٢٤.

(2) انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٥٢٥ وما بعدها، والتركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص٢٧٣.

(3) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

المطلب الثاني

العقود غير اللازمة لوجود الخيار

تمهيد:

سبق وبينا أن العقد إذا وقع صحيحاً، مستوفياً أركانه وشروطه، أصبح لازمـاً للعاقـدين، لـيس لأحدهما الرجوع عنه، إلا إذا وجد سبباً يعطيه حق الرجوع، واتفق الفقهاء أن من هـذه الأسـباب أن يدخل على العقد الخيار، فيحوله من اللزوم إلى غير اللزوم.

لذا نجد ابن نجيم يعرف البيع غير اللازم بقوله:" ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، ولم يتعلق بـه حق الغير، وفيه الخيار "[١].

ومنه قول ابن عابدين:" وأما شرائط اللزوم بعد الانعقاد، والنفاذ، فخلوه من الخيـارات الأربعـة المشهورة، وباقي الخيارات "[٢].

وقول الكاساني:" وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده، ونفاذه، وصحته، فواحد، وهـو: أن يكـون خالياً عن خيارات أربعة، خيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، فلا يلـزم- أي البيع- مع أحد هذه الخيارات "[٣].

ومنه قول المرداوي:" الخيار يرفع اللزوم بالكلية "[٤].

وقريب من قول الكاساني قول الأستاذ السنهوري، حيث قال:" هناك خيارات أربعة هـي، خيـار الشرط، وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب، إذا ثبت خيار منها لأحـد العاقـدين، اسـتطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد "[٥].

وقول الدكتور وحيد الدين سوار عند حديثه عن القوة الملزمة للعقد، حيث قال:" إن هـذه القـوة الملزمة ليست مطلقة في الفقه الإسلامي، شأنها شأن القانون الوضعي، وإنما هي مقيدة بحق الرجـوع الذي قرره الشارع لصاحب الخيار في الخيارات المعروفة، ولأحد العاقدين في العقود غير اللازمة"[٦].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٧٥.

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٠٥.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٢٨.

(4) المرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٤٨٢.

(5) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، ص١٣١.

(6) سوار، وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الطبعـة الثانيـة، عـدد الأجزاء(١)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٧٩م، ص٥٩٧.

الفرع الأول: تعريف الخيار

أولاً: الخيار لغة:" اسم من الاختيار، وهو: طلب خير الأمرين، إما إمضاء البيع، أو فسخه "[١].

ثانياً: الخيار اصطلاحاً: جرت عادة الفقهاء أن يعرفوا الخيار تعريفاً مضافاً كقولهم: خيار المجلس، وخيار الشرط، وهكذا، إلا أن هناك من عرفه بوجه عام، ولم يخرج فيه عن معناه اللغوي، **ومنه قولهم:**" الخيار طلب خير الأمرين من إمضاء العقد، أو فسخه "[٢].

الفرع الثاني: حكمة مشروعية الخيار

من خلال تعريف الخيار نستخلص حكمته، والمتمثلة بكون الرضا في العقود أمراً كلياً، وأساساً في العقد، حرصت الشريعة الإسلامية على رعايته، بتشريع ما يكفل سلامته، سواء من جانب الوجود، أو من جانب العدم، أما من جانب الوجود، فشرعت لذلك ما يعرف بالخيار، وأما من جانب العدم، فمنعت كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالرضا، كالإكراه، والغش، والكذب، ومن هنا جاء الخيار؛ ليستدرك من هو حق له ما لحقه من ضرر جراء التزامه بعقد ما، بإبطاله، والرجوع عنه، إذا تبين له فيما بعد أنه يلحق به ضرراً لا يرضاه، في حال وجد شرط الرجوع، وانتفى مانعه.

الفرع الثالث: شروط ثبوت الخيار بشكل عام

أولاً: كون العقد محل الخيار من عقود المعاوضات المالية المحضة، فلا يثبت في المهر، وبدل الخلع، والصلح عن دم[٣].

ثانياً: أن يكون محل العقد مما يتعين بالتعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين لايثبت فيه الخيار[٤].

وجه ذلك:

إن ما يتعين بالتعيين يملك بالعقد، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد، وإنما يملك بالقبض، والرجوع بسبب الخيار إنما يكون فيما يملك بالعقد[٥].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: خير، ج٤، ص٢٦٧.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٣ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٨.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٢ وانظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٩٣.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٢.

(5) المرجع السابق، ج٥، ص٢٩٢.

الفرع الرابع: الفرق بين العقد غير اللازم بطبيعته، والعقد غير اللازم لوجود الخيار

من خلال ما سبق بيانه في تعريف كل من العقد غير اللازم بطبيعته، والعقد غير اللازم لـدخول الخيار، يمكن أن نخرج بما يلي للتمييز بينهما:

يتشابهان في كون كل منهما عقداً غير لازم.

ويختلفان في كون صفة عدم اللزوم في العقود غير اللازمة بطبيعتها صفة أصلية لا تتغير، أمـا العقود غير اللازمة لدخول الخيار، فصفة عدم اللزوم فيها مؤقتة، تزول بزوال سببها، وهـو الخيـار، بوجود ما يسمى عند الفقهاء: مسقطات الخيار، أو موانع الخيار.

الفصل الثاني

حكم الرجوع في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي

تمهيد: تعريف عقود المعاوضات، وأهم خصائصها، وبعض نصوص الفقهاء في جواز إطلاق لفظ الرجوع عليها:

الفرع الأول: تعريف عقود المعاوضات

أولاً: المعاوضات لغة: مأخوذة من العوض، وهو: البـدل، تقـول: عـضت فلانـاً، واعـضته، وعوضته، إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، وتقول: اعتاضني، واستعاضني، إذا جاء طالباً للعوض[1].

ثانياً: عقود المعاوضات اصطلاحاً

لم أجد في حدود اطلاعي المتواضع أحداً من الفقهاء القدامى عرف عقود المعاوضات بالحـد، إلا الدسوقي المالكي، فقال عقد المعاوضة:" عقد محتو على عوض من الجانبين "[٢].

وعرفها من المعاصرين، التركماني، فقال هي:" التي تقوم على أساس المبادلة بـين المتعاقـدين، وتملك كلاً من الطرفين ما عند صاحبه "[٣].

والمبادلة كما عرفها البهوتي هي:" جعل شيء في مقابلة آخر"[٤].

وهذه المبادلة قد تكون مبادلة مال بمال، وهذا يشمل البيع بجميع صوره، كالبيع المطلق، والـسلم والصرف، والقرض، والصلح عن إقرار، وقد تكون مبادلة مـال بمنفعـة، كالإجـارة، والمزارعـة، والمساقاة، والمضاربة، والاستصناع، وقد تكون مبادلة مال بما ليس مالاً، ولا منفعة مال، كـالزواج، والخلع، وقد تكون مبادلة منفعة بمنفعة، كقسمة المنافع بطريق المهايأة[5].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: عوض، ج٧، ص١٩٢ والرازي، مختار الصحاح، باب: العين، ص١٩٣.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢.

(3) التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص٢٦٨ وانظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٦٤٠.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٤٦.

(5) التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص٢٦٨، وانظر: شبير، محمد عثمان، المدخل إلى فقـه المعـاملات المالية، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، دار النفائس، عمان، الأردن، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٤م، ص٤٥.

الفرع الثاني: خصائص المعاوضات

للمعاوضات خصائص عدة، أهمها ما ذكره محمد عثمان شبير في كتابه المدخل إلى فقه المعاملات المالية يمكن إجمالها فيما يلي[1]:

أولاً: المعاوضات بأصل وضعها وطبيعتها مترددة بين الربح والخسارة، كالبيع.

ثانياً: المعاوضات تقتضي المقابلة والمشاحة (الشح) بين الناس؛ لأن نفوسهم تقوم على ذلك لقوله تعالى: **وأُحضِرتِ الأنفُس الشح** [٢]، فلا يصح في بيع الذهب بالذهب التأجيل.

ثالثاً: المعاوضات لا تفسد ولا تبطل بفساد أعواضها، فعندما يتبايع فرد وآخر على ثمن معين ثـم يتلف هذا الثمن، فإن هذه المعاوضة لا تفسد ولا تبطل، لأنها استوفت مقومات البقـاء والاسـتمرارية، حيث إنَّ تصرفات العاقل مصونة عن الإهدار، فهلاك الثمن لا يلغي المعاوضة، فإذا فسد الثمن وكـان مثليا كالقمح والشعير نأتي بمثيل عوضاً عن الثمن الفاسد، أما إذا كان الثمن من غير المثليات كالفرس مثلاً نأتي بقيمته، وذلك عن طريق سؤال أهل الخبرة في هذا المجال.

رابعاً: المعاوضات تفسد بكل من الغرر الكبير الفاحش، والجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع، ولا تفسد بالغرر اليسير، والجهالة اليسيرة.

الفرع الثالث: بعض نصوص الفقهاء في جواز إطلاق لفظ الرجوع على عقود المعاوضات:

قال السرخسي من فقهاء الحنفية:" يكون للواهب الرجوع في عينها، وفي الصدقة، والوصية كذلك، وكذلك في عقود المعاوضات "[٣].

وقال الغمراوي من فقهاء الشافعية:" وله - أي الشخص- الرجوع في سائر المعاوضـات التـي كالبيع، وهي المحضة، كالإجارة، والقرض "[٤].

وقال المرداوي من فقهاء الحنابلة:" الرجوع ثابت في كل ما هو فـي معنـى البيـع مـن عقـود المعاوضات المحضة، كالإجارة، والسلم، والصلح بمعنى البيع "[٥].

---

(1) شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص٤٥، ٤٦ بتصرف يسير.

(2) سورة النساء، الآية:١٢٨.

(3) السرخسي، شمس الدين محمد ت:(٤٨٣هـ). المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج١٤، ص١٥.

(4) الغمراوي، محمد الزهري، السراج الوهاج، عدد الأجزاء:(١)، دار المعرفة للطباعة، بيروت، ص٢٢٦.

(5) المرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٣٠٢.

المبحث الأول

الرجوع في عقد البيع[(١)]

تمهيد:

مشروعية البيع:

ثبتت مشروعية البيع بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

---

(1) **البيع لغةً:**

مطلق المبادلة، وهو من الأضداد كالشراء، قد يطلق أحدهما ويراد به الآخر. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مـادة: بيع، ج٨، ص٢٣.

البيع اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه:" مبادلة المال بالمال بالتراضي ". انظر: المرغيناني، أبو الحسين علي بن أبي بكر بـن عبـدالجليل الرشداني، ت:(٥٩٣هـ). الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية، ج٣، ص٥٥ وكمال الدين محمـد بـن عبدالواحـد السيواسي، (المعروف بابن الهمام)، ت:(٦٨١هـ). شرح فتح القدير، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنـان، ج٦، ص٢٤٧ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٧٧ **إلا أن بعض الحنفية عرفوه بأنه**:" مبادلة المال بالمـال " دون قيـد التراضي. انظر: الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، ت:(٧٤٣هـ). تبيين الحقائق شرح كنز الـدقائق، دار الكتـاب الإسلامي، ١٣١٣هـ، ج٤، ص٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٣٠٥ **وجه ذلك**- أي عدم التقييد بلفظ التراضي- كونه مقيداً به ثبت شرعاً، لقوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم سورة النساء، الآية:٤، انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢.

عرفه المالكية بأنه:" نقل العوض بوجه جائز ". انظر: الآبي، صالح عبدالسميع الأزهري، الثمر الداني شـرح رسـالة القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، ج١، ص٤٩٥ والحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٢١٤.

عرفه الشافعية بأنه:" مقابلة مال بمال على وجه مخصوص ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢ والبكـري، أبو بكر بن السيد محمد الدمياطي، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج٣، ص٣.

وقيل البيع:" عقد معاوضة تفيد ملك عين، أو منفعة على التأبيد ". انظر: الشرواني، عبد الحميد، حواشي الشرواني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج٤، ص٢٤٥.

عرفه الحنابلة بأنه:" مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً ". – أي تمليكاً للسلعة وتملكاً للثمن- انظر: ابن قدامة، المغنـي، ج٤، ص٣ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٢٦٠ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٤.

عرفه الظاهرية بأنه:" تمليك للأعيان بالنقل لها عن ملك آخر ". انظر: ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، ت:(٤٥٦هـ). المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، ج٨، ص١٩١.

عرفه القانون المدني الأردني في المادة (٤٦٥) بأنه:" تمليك مال، أو حق مالي لقاء عوض ".

من تأمل تعريف البيع عند الفقهاء والقانون المدني الأردني، يتبين أنهم عرفوا البيع بالغرض الذي شرع من أجله، وهو: انتقال الملكية.

من القران الكريم:

أولاً: قوله تعالى: وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا [١].

وجه الدلالة:

قال الجصاص في قوله تعالى: **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** عام في إباحة سائر البيوع، إلا ما خصه التحريم[٢].

من هنا يتبين أن لفظ البيع في الآية عام يشمل كل بيع، فكل بيع حلال ما لم يرد دليل على التحريم، فإذا ورد دليل شرعي بتحريم بيع معين، كان خاصاً به وحده دون غيره.

ثانياً: قوله تعالى: وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ [٣].

وجه الدلالة:

قال القرطبي:اختلف الناس في لفظ (أفعل) في قوله تعالى: **وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ** على قولين[٤]:

الأول: أنه واجب، قاله: الضحاك.

الثاني: أنه ندب، قاله: الكافة، وهو الصحيح.

من هنا نقول: سواء أكان الإشهاد على البيع فرضاً، أم ندباً، فهذا دليل على جواز البيع، إذ الفرض والندب لا يكون إلا على أمر جائز ومشروع، فهو يقتضي جواز البيع.

ثالثاً: قوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ [٥].

وجه الدلالة:

عموم النص القرآني يقتضي إباحة سائر التجارات الواقعة عن تراض، والتجارة اسم واقع على عقود المعاوضات[٦] ومما لا خلاف فيه أن البيع عقد من عقود المعاوضات.

---

(1) سورة البقرة، الآية:٢٧٥.

(2) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، ت:(٣٧٠هـ). أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ، ج٣، ص١٣١ وانظر: القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري، ت:(٦٧١هـ). الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، ج٣، ص٣٥٦، سيشار إليه فيما بعد بالاسم الذي عرف به، وهو: تفسير القرطبي.

(3) سورة البقرة، الآية:٢٨٢.

(4) القرطبي، تفسير القرطبي، ج٣، ص٤٠٢، ٤٠٣.

(5) سورة النساء، الآية:٢٩.

(6) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص١٢٨، ١٣١.

من السنة النبوية الشريفة:

وردت أحاديث صحيحة كثيرة تدل بمنطوقها على مشروعية البيع، منها:

أولاً: ما رواه جابر بن عبدا - رضي ا عنهما- أن رسول ا - صلى ا عليه وسلم- قـال: "رحم ا رجلاً سمحاً إذا باع، وإذا اشترى، وإذا اقتضى "[١].

ثانياً: ما رواه حكيم بن حزام- رضي ا عنه- قال: قال رسول ا - صلى ا عليـه وسـلم-: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال: حتى يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهمـا، وإن كتمـا وكذبا محقت بركة بيعهما "[٢].

الإجماع:

استقر الإجماع على مشروعية البيع، قال ابن قدامة:" أجمع المسلمون علـى جـواز البيـع فـي الجملة"[٣].

المعقول:

أولاً: أنه أمر ضروري يجزم العقل بثبوته كباقي الأمور الضرورية المتوقف عليها انتظام معـاش الإنسان وبقائه[٤].

ثانياً: أن الحكمة تقتضيه؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه، وصاحبه لا يبذلـه بغيـر عوض، ففي شرع البيع وتجويزه طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه، ودفع حاجته[٥].

---

(1) أخرجه الإمام البخاري، أبو عبدا محمد بن إسماعيل، ت:(٢٥٦هـ). صحيح البخاري، الطبعة الثالثـة، تحقيـق: الدكتور مصطفى ديب البغا، اليمامة للنشر والتوزيع، دمشق، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، كتـاب: البيـوع، بـاب: الـسهولة والسماحة في الشراء والبيع، ومن طلب حقاً فليطلبه في عفاف، ج٢، ص٧٣٠، حديث رقم:(١٩٧٠).

(2) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، في عدة أبواب من كتاب: البيوع، باب: إذا بين البيعان ولـم يكتما ونصحا، ج٢، ص٧٣٢، حديث رقم:(١٩٧٣) وفي باب: ما يمحق الكذب والكتمـان فـي البيـع، ج٢، ص٧٣٣، حديث رقم:(١٩٧٦) وفي باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ج٢، ص٧٤٣، حديث رقم:(٢٠٠٣) وأخرجه الإمام مسلم، أبو الحسن الحجاج القشيري النيسابوري، ت:(٢٦١هـ). الجامع الصحيح المسمى: صحيح مسلم، تحقيق: محمد فـؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، كتاب: البيوع، باب: الصدق في البيع والبيان، ج٣، ص١١٦٤، حـديث رقم:(١٥٣٢)، **لفظ الحديث:** متفق عليه.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣ وانظر: الحصني، كفاية الأخيار، ج١، ص٢٣٢.

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٠٦.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٤٥ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد البيع

لبيان حكم الرجوع في عقد البيع لا بد من التفرقة بين حالتين، الأولى: حكم الرجوع قبل التفـرق، والثانية: حكم الرجوع بعد التفرق، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد البيع قبل التفرق

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد البيع قبل التفرق، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم فـي ثبوت خيار المجلس[(١)] في عقد البيع، فمن قال بثبوته أجاز الرجوع، ومن قال بعدم ثبوتـه لـم يجـز الرجوع، وعليه لا بد من بحث اختلاف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس للوقوف على حكـم المـسألة؛ ولإيضاح ذلك نقول: اختلف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس في عقد البيع على قولين:

---

(1) **تعريف خيار المجلس:**

خيار المجلس مركب إضافي، وحتى يتم تحديده لا بد من تعريف شقيه:

الخيار لغةً واصطلاحاً: سبق تعريفه. انظر: ص٢٤ من هذه الرسالة.

المجلس لغة: بفتح اللام موضع الجلوس، والجِلسة بالكسر- كسر الجيم -: الهيئة التي تجلس عليها. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: جلس، ج٦، ص٣٩.

المجلس اصطلاحاً: (مجلس العقد):" هو مكان التبايع ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٨ وشـرح منتهـى الإرادات، ج٢، ص٣٥ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٦٣، **وعرفه الزحيلي، فقال:**" هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد ". انظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤، ص١٠٦ **وعرفه القره داغي، فقال:**" هـو الـزمن والمكان اللذان تتم فيهما عملية التعاقد ". انظر: القره داغي، علي محيي الدين علي، مبدأ الرضا فـي العقـود دراسـة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني، والفرنسي، والإنجليزي والمصري، والعراقـي) ج٢، ص١٠٧٦، ١٠٧٧ **ومثله البوطي حيث قال:**" مجلس العقد: هو الزمان، والمكان اللذان تم فيهما التعاقد ". انظر: البـوطي، محمـد توفيق رمضان، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، الطبعة الأولى، عـدد الأجـزاء:(١)، دار الفكـر، دمشق، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، ص٣٦.

تعريف خيار المجلس باعتباره مركباً اضافياً:" هو أن يثبت الخيار للمتبايعين مدة جلوسهما معاً حتى يفترقا، فلكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما لم يتفرقا، أو يتخايرا ". انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٤٠٩ والنووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٣.

القول الأول: عدم ثبوت خيار المجلس، وعليه لا يصح الرجوع، ويلزم البيع بمجرد صدور القبول موافقاً للإيجاب، وهو قول الحنفية[١]، وجمهور المالكية[٢]، والفقهاء السبعة بالمدينة* إلا ابن المسيب[٣].

استدل أصحاب هذا القول بالكتاب، والسنة، والأثر، والقياس، وعمل أهل المدينة:

من القرآن الكريم: استدلوا بعموم الآيات، منها:

أولاً: قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود [٤].

وجه الدلالة: ظاهر الآية يقتضي إلزام كل عاقد الوفاء بما عقده على نفسه، وذلك قد عقده كل واحد منهما على نفسه، فيلزمه الوفاء به، وفي إثبات الخيار نفي للزوم الوفاء به، وذلك خلاف مقتضى الآية[٥].

أجاب ابن حزم[٦] عن الإستدلال بهذه الآية، فقال: هم مجمعون معنا - أي الحنفية، والمالكية- على أنه لا يلزم أحد الوفاء بكل عقد عقده، بل بعض العقود حرام الوفاء بها، كمن عقد على نفسه يعصي الله تعالى، وهم يقولون - يعني الحنفية-: إن من باع آخر شيئاً غائباً وتعاقد إسقاط خيار الرؤية أنه عقد لا يلزم، والمالكية يقولون: من ابتاع ثمرة واشترط أن لا يقوم بجائحة وعقد ذلك على نفسه لا يلزمه، فأين احتجاجهم بقول الله تعالى: **أوفوا بالعقود** ؟![٧].

---

(1)الزيلعي،تبيين الحقائق،ج٤، ص٣وابن الهمام، شرح فتح القدير،ج٦، ص٢٥٧والكاساني،بدائع الصنائع،ج٥، ص٢٢٨

(2) الإمام مالك بن أنس، ت:(١٧٩هـ). المدونة الكبرى، برواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبدالرحمن بن القاسم، دار صادر، بيروت، لبنان، ج١٠، ص١٨٨ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣ والحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٤٠٩، ٢٤٠ وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٢٨.

* **الفقهاء السبعة بالمدينة:** قال الذهبي:" كان فقهاء المدينة الذين كانوا يصدرون عن رأيهم سبعة، وكانوا إذا جاءتهم مسألة دخلوا فيها جميعاً، فنظروا فيها، فلا يقضي القاضي حتى يرفع إليهم فينظرون فيصدرون" انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٤، ص٤٦١، والفقهاء السبعة هم:١. سعيد بن المسيب٢. عروة بن الزبير٣. القاسم بن محمد٤. أبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام٥. عبيدالله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود الهذلي٦. سليمان بن يسار٧. خارجة بن زيد بن ثابت. انظر: الذهبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، ت:(٧٤٨هـ). سير أعلام النبلاء، الطبعة التاسعة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي،مؤسسة الرسالة، بيروت، ج٤، ص٤٦١ والشيرازي، أبوإسحاق إبراهيم بن علي،ت:(٤٧٦هـ).طبقات الفقهاء،عدد الأجزاء:(١)، تحقيق:خليل الميس،دارالقلم،بيروت، ص٤٤

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٤٠٩، ٤١٠.

(4) سورة المائدة، الآية:١.

(5) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص١٣٣.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٥٧ بتصرف يسير.

(7) سورة المائدة، الآية:١.

فإن قالوا: هذه عقود قامت الأدلة على أنه لا يلزم الوفاء بها.

قلنا: وعقد البيع عقد قام البرهان حقاً على أنه لا يلزم الوفاء به، إلا بعد التفرق بالأبدان، أو بعد التخيير.

ثانياً: قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم [١].

وجه الدلالة: قال الجصاص:" ظاهر الآية يقتضي جواز أكل المال بوقوع البيع عن تراض قبل الافتراق، إذ كانت التجارة هي الإيجاب والقبول في عقد البيع وليس التفرق والاجتماع من التجارة في شيء، ولا يسمى ذلك تجارة في شرع ولا لغة، فإذا كان ا قد أباح أكل ما أشترى بعد وقوع التجارة عن تراض، فمانع ذلك بإيجاب الخيار خارج عن ظاهر الآية، مخصص لها بغير دلالة "[٢].

يجاب عنه:

إن الآية مطلقة قامت الأحاديث الصحيحة الموجبة لخيار المجلس بتقييدها، وتخصيصها.

ثالثاً: قوله تعالى: وأشهدوا إذا تبايعتم [٣].

وجه الدلالة: ندب ا - سبحانه وتعالى- إلى الإشهاد على التبايع عند وقوعه، ولم يقل إذا تبايعتم وتفرقتم، وموجب الخيار مثبت في الآية من التفرق ما ليس فيها[٤].

أجاب ابن حزم عن الاستدلال بهذه الآية بأمرين:[٥].

أولاً: أن الآية إنما وردت في وجوب الإشهاد على البيع، وهم لا يرونها حجة في وجوب الإشهاد في البيع، فكيف يحتجون بها هنا ؟!

ثانياً: ليس في الآية نص ولا دليل على بطلان التفرق المذكور في الخبر، ولا ذكر منه أصلاً.

---

(1) سورة النساء، الآية:٢٩.

(2) الجصاص، أحكام القران، ج٣، ص١٣٢، ١٣٣.

(3) سورة البقرة، الآية:٢٨٢.

(4) الجصاص، أحكام القران، ج٣، ص١٣٤.

(5) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٥٧.

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: قوله- صلى الله عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[1].

وجه الدلالة:" أن الخيار بعد لزوم العقد يفسد الشرط "[2].

يجاب عنه بأمرين[3]:

الأول: أنه حديث مرسل.

الثاني: لو سلمنا بصحته، فهو دليل للقائلين بثبوت خيار المجلس؛ لأن شروط المسلمين هي الشروط التي أباحها الله لهم، لا التي نهاهم عنها، وشرط الله على لسان رسوله - صلى الله عليه وسلم- هو التفرق بالأبدان، أو التخير بعد العقد.

---

(1) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: الأقضية، باب: الصلح، ج٣، ص٣٠٤، حديث رقم:(٣٥٩٤) وأخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- من الصلح بين الناس، ج٣، ص٦٣٤، حديث رقم:(١٣٥٢) وأخرجه البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى ت:(٤٥٨هـ). سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، كتاب: الضمان، باب: الأمانة في الشركة وترك الخيانة، ج٦، ص٧٩، حديث رقم:(١١٢١١) وأخرجه في كتاب: الوقف، باب: الصدقة على شرط الواقف، ج٦، ص١٦٦، حديث رقم:(١١٧٠٩) وأخرجه في كتاب: الصداق، باب: الشروط في النكاح، ج٧، ص٢٤٩، حديث رقم:(١٤٢١١) وأخرجه الحاكم، الإمام الحافظ أبي عبدالله النيسابوري، ت:(٤٠٥هـ). المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١١هـ/١٩٩٠م، كتاب: البيوع، ج٢، ص٥٧، حديث رقم:(٢٣٠٩)، **لفظ الحديث:** لأبي داود، **الحكم على الحديث:** قال الترمذي:" حديث حسن صحيح ". انظر: الترمذي، سنن الترمذي، ٣، ص٦٣٤.

(2) ابن حجر، أحمد بن علي، ت:(٨٥٢هـ). فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج٤، ص٣٣٠.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٥٨، ٣٥٩ بتصرف يسير.

ثانياً: ما رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول ا - صلى ا عليه وسلم- قـال: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقـه صـاحبه خـشية أن يستقيله "[١].

وجه الدلالة:" لو كان خيار المجلس مشروعاً لم يحتج إلى الاستقالة "[٢].

يجاب عنه بأمرين:

أولاً:" أن الحل في الخبر محمول على الإباحة المستوية الطرفين "[٣].

ثانياً: يمكن أن يجاب عنه بتعقيب الترمذي بعد تحسينه للحديث، حيث قال:" هذا حـديث حـسن، ومعنى هذا: أن يفارقه بعد البيع خشية أن يستقيله، ولو كانت الفرقة بالكلام ولم يكن له خيار بعد البيع، لم يكن لهذا الحديث معنى، حيث قال- صلى ا عليه وسلم-: ولا يحـل لـه أن يفارقـه خـشية أن يستقيله"[٤].

قال النووي[5]: هو دليل لنا كما جعله الترمذي في جامعه، دليلاً لإثبات خيار المجلس، وأحتج بـه على المخالفين؛ لأن معناه مخافة أن يختار الفسخ، فعبر بالإقالة عن الفسخ، والدليل على هذا أمران:

أحدهما: أنه- صلى ا عليه وسلم- أثبت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا، ثم ذكر الإقالة في المجلس، ومعلوم أن من له الخيار لا يحتاج إلى الإقالة، فدل على أن المراد بالإقالة الفسخ.

الثاني: أنه لو كان المراد حقيقة الإقالة لا يمنعه من المفارقة مخافة أن يقيله؛ لأن الإقالة لا تختص بالمجلس.

---

(1) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: خيـار المتبـايعين، ج٣، ص٢٧٣، حـديث رقـم:(٣٤٥٦) وأخرجه النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، ت:(٣٠٣هـ). سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين الـسيوطي وحاشية الإمام السندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، كتاب: البيوع، باب: التجارة، وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما، ج٧، ص٢٥١، ٢٥٢ واخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا، ج٣، ص٥٥٠، حديث رقم:(١٢٤٧)، **لفظ الحديث:** متفق عليه، **الحكم على الحديث**: قال الترمذي: " هذا حديث حسن ". انظر: الترمذي، سنن الترمذي، ج٣، ص٥٥٠.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٤١٠ والزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسـف، ت:(١١٢٢هـ). شـرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١١هـ، ج٣، ص٤٠٧.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٥.

(4) الترمذي، سنن الترمذي، ج٣، ص٥٥٠.

(5) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، ت:(٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، لبنـان، ١٩٩٧م، ج٩، ص١٧٨.

من الأثر:

ما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- أنه قال:" البيع صفقة، أو خيار"[1].

وجه الدلالة:" أن البيع نوعان: لازم، وغير لازم بشرط الخيار فيه، فمن قال: إن الخيار يثبت في كل بيع، فقد خالف هذا الحديث، والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة، فمطلقه يوجب اللزوم بنفسه "[2] ومقتضاه أين البيع الذي لا خيار فيه؟.

يجاب عنه بأمرين:

أولاً: أن هذا الأثر لم يصل لنا من طريق صحيح، قال الإمام الشافعي:" فليس بثابت عن سيدنا عمر- رضي الله عنه-"[3].

وقال البيهقي:" ذهب كثير من أهل العلم إلى تضعيف الأثر عن سيدنا عمر- رضي الله عنه-"[4].

ثانياً: لو سلمنا بصحته، فإن معنى قوله:" البيع صفقة، أو خيار" أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار، وبيع لم يشترط فيه، سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه "[5].

القياس:

قياساً على النكاح، بجامع أن البيع عقد معاوضة، فمطلقه يوجب اللزوم بنفسه[6].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق، إذ لا يصح قياس البيع على النكاح؛ لأنه يحتاط قبله غالباً، فلا يحتاج إلى خيار بعده؛ ولأن ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد، وذهاب حرمتها بالرد، وإلحاقها بالسلع المبيعة، فلم يثبت فيه خيار[7]، فافترقا.

---

(1) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: البيوع، باب: في تفسير بيع الخيار، ج٥، ص٢٧٢، رقم: (١٠٢٣٤)، **الحكم على الأثر**: قال الإمام الشافعي:" ليس بثابت عن سيدنا عمر رضي الله عنه ". انظر: الإمام الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس ت:(٢٠٤هـ). الأم، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٩٣هـ، ج٣، ص٩ وقال البيهقي:" ذهب كثير من أهل العلم إلى تضعيف الأثر عن سيدنا عمر رضي الله عنه ". انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٥، ص٢٧٢.

(2) السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٥٦.

(3) الإمام الشافعي، الأم، ج٣، ص٩.

(4) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٥، ص٢٧٢.

(5) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٣٥ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٦.

(6) السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٥٦.

(7) الحصني، كفاية الأخيار، ص٢٤٣ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٣٥ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٦ وابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٥٩.

عمل أهل المدينة:

استدل الإمام مالك بعمل أهل المدينة[(١)].

يجاب عنه بأمرين:

أولاً: أن الاستدل بعمل أهل المدينة خاص بهم، فلا يكون حجة على الغير.

ثانياً: لو سلمنا استدلالهم بعمل أهل المدينة، **فيجاب عنه**: إنه لم يكن إجماعاً مـن أهـل المدينـة، " لمخالفة سعيد بن المسيب، والزهري، وابن أبي ذئب "[(٢)].

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩١.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٤١٠ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٧٧ وابـن مفلـح، المبـدع، ج٤، ص٦٣.

القول الثاني: ثبوت خيار المجلس، وعليه يصح الرجوع لكلا العاقدين، فإذا انعقد البيـع بتلاقـي الإيجاب والقبول يقع جائزاً - أي غير لازم- ما داما مجتمعين في مجلس العقد لم يفترقا، وإلـى هـذا ذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، والظاهرية[٣]، وابن حبيب، والسيوري، وعبـد الحميـد الـصائغ مـن المالكية[٤].

" وبه قال جمهور العلماء من الصحابة، والتابعين، ومن بعدهم حكاه ابن المنذر عن ابـن عمـر، وأبو برزة الأسلمي الصحابي، وسعيد بن المسيب، وطاوس، وعطاء، وشـريح، والحـسن البـصري، والشعبي والزهري، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو عبيد، وبه قال: سفيان بن عيينـه، وابـن المبارك وعلي بن المديني، وسائر المحدثين، وحكاه القاضي أبو الطيب عن علي بن أبي طالب، وابن عباس وأبي هريرة، وابن أبي ذئب "[٥] - رضي ا عنهم أجمعين-.

---

(1) الإمام الشافعي، الأم، ج٣، ص٥ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٣ والشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ت:(٤٧٦هـ). المهذب، دار الفكر، بيروت، لبنـان، ج١، ص٢٥٧ والمطيعـي، تكملـة المجمـوع، ج٩، ص١٧٤.

(2) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، ت:(١٠٥١هـ). الروض المربع، مكتبة الريـاض الحديثـة، الريـاض، ١٣٩٠هـ، ج٢، ص٦٩ وكشاف القناع، ج٣، ص١٩٨ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٣٥ وابن قدامـة، المغنـي، ج٤، ص٥ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٦٣.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٥١.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩١ والحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٤٠٩، ٤١٠.

(5) المطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٧٤ وانظر: البهوتي، شرح منتهـى الإرادات، ج٢، ص٣٥ وابـن قدامـة، المغني، ج٤، ص٥.

استدل أصحاب هذا القول بالسنة، والمعقول:

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: ما رواه ابن عمر- رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-:" إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع "[1].

وجه الدلالة: أن التفرق في الشرع مطلق، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود، وذلك يحصل بالتفرق بالأبدان[2].

يجاب عنه: إن لفظ التفرق الوارد في الحديث يحمل على التفرق بالأقوال، لا التفرق بالأبدان، كقوله تعالى: **وإن يتفَرَّقا يغْنِ اللّه كُلا من سعتِهِ** [3]؛ لأنه إذا طلقها على مال، تحصل الفرقة بقبولها[4]، وقوله- صلى الله عليه وسلم-:" افترقت بنو إسرائيل، وستفترق أمتي "[5]، أي بالأقوال، والاعتقادات[6].

يرد عليه بعدة أمور[7]:

أولاً: أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه، إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه.

---

(1) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، ج٢، ص٧٤٤، حديث رقم:(٢٠٠٦) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، ج٣، ص١٦٣، حديث رقم:(١٥٣١)، **لفظ الحديث**: للبخاري.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٨.

(3) سورة النساء، الآية:١٣٠.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٣ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٢٨ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٨٥.

(5) أخرجه ابن ماجة، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني، ت:(٢٧٥هـ). تحقيق: فؤاد عبدالباقي، سنن ابن ماجة، دار الفكر، بيروت، لبنان، كتاب: الفتن، باب: افتراق الأمم، ج٢، ص١٣٢٢، حديث رقم:(٣٩٩٥) وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: قتال أهل البغي، باب: الخلاف في قتال أهل البغي، ج٨، ص١٨٨، حديث رقم:(١٦٥٦٠) وأخرجه ابن أبي شيبة، أبو بكر عبدالله بن محمد، ت:(٢٣٥هـ). مصنف ابن أبي شيبة، الطبعة الأولى، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ، كتاب الفتن، ما ذكر في الخوارج، ج٧، ص٥٥٤، حديث رقم:(٣٧٨٩١).

(6) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٢٨ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٨٥ والقرافي، الذخيرة، ج٥، ص٢١.

(7) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٥.

ثانياً: أن هذا يبطل فائدة الحديث إذ علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه، أو تركه.

ثالثاً: أنه قال في الحديث:" إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار " فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما، وقال:" وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك أحدهما البيع، فقد وجب البيع ".

رابعاً: يرده تفسير ابن عمر- رضي الله عنه- للحديث بفعله، فإنه كان إذا بايع رجلاً مشى خطوات ليلزم البيع[(١)].

أجاب الحنفية عن الاستدلال بفعل عبدالله بن عمر- رضي الله عنه- بأمرين[(٢)]:

أولاً: أنه تأويل منه، وتأويل الصحابي عندنا لا يكون حجة.

ثانياً: قالوا: يجوز أن يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الآخر بذلك، فيقطع الاحتمال بيقين احتياطاً لئلا يحمله مخالفه عليه، لا لأن مذهبه كذلك.

أما المالكية: فلم يأخذوا بهذا الحديث؛ لكون عمل أهل المدينة على خلافه.

قال الدردير المالكي:" ليس معمولاً به عندنا؛ لأن عمل أهل المدينة على خلافه، وإن ورد به الحديث الصحيح "[(٣)]، وقال الدسوقي:" إن الإمام مالكاً لم يأخذ بحديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا بالرغم من كونه صحيحاً؛ لأن صحته لا تنافي أنه خبر أحاد، وعمل أهل المدينة مقدم عليه عند مالك، وذلك لأن عمل أهل المدينة كالمتواتر؛ لأنه من قبيل الإجماعات، والمتواتر يفيد القطع بخلاف خبر الآحاد، فإنما يفيد الظن "[(٤)].

يجاب عنه: إن عمل أهل المدينة لا يرقى إلى أن يرد به حديث صحيح.

قال ابن قدامة:" عاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته وثبوته عنده، وقال الإمام الشافعي- رحمه الله-: لا أدري هل أتهم مالك نفسه، أو نافعا، وأعظم أن أقول عبدالله بن عمر"[(٥)].

---

(1) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: كم يجوز الخيار، قال: سمعت نافعاً عن ابن عمر- رضي الله عنهما -عن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال:" إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خياراً، قال نافع: وكان ابن عمر إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه ". ج٢، ص٧٤٢، حديث رقم:(٢٠٠١) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين: عن نافع، قال:" فكان إذا بايع رجلاً فأراد أن لا يقيله قام فمشى هنية ثم رجع إليه ". ج٣، ص١١٦٣، حديث رقم:(١٥٣١).

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٣.

(3) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٩١.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩١ بتصرف يسير.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٥ وانظر: المطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٧٧.

وقيل: لم يأخذ به الأمام مالك؛ لأن وقت التفرق غير معلوم، فأشبه بيـوع الغـرر، كالملامـسة*، والمنابذة*، وكالبيع إلى أجل مجهول[(١)].

قال الإمام الشاطبي:" يرجع قوله -أي الإمام مالك- في حديث خيار المجلس، وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا معمول به، فيه إشارة إلى أن المجلس مجهول المدة ولو شرط أحد الخيار مدة مجهولـة لبطل، فكيف يثبت بالشرع حكم لا يجوز شرطاً بالشرع، فقد رجع إلى أصل إجماعي، وأيـضاً فـإن قاعدة الغرر والجهالة قطعية، وهي تعارض هذا الحديث الظني "[(٢)].

يجاب عنه بأمرين: أولاً: أنه- أي الإمام مالك- يقول بخيار الشرط، ولا يحده بوقت معين[(٣)].

ثانياً: ما أدعاه من الغرر موجود فيه -أي خيار الشرط- وفي خيار المجلس معدوم؛ لأن كلاً مـن العاقدين متمكن من إمضاء البيع، أو فسخه، بالقول، أو الفعل، فلا غرر[(٤)].

وقيل:" إن الإمام مالك ترك العمل بظاهره، وحمل التفرق على التفرق بالأقوال "[(٥)].

يجاب عنه: إن التفرق في الشرع مطلق، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود، وذلـك يحـصل بالتفرق بالأبدان[(٦)].

---

* **بيع الملامسة:** أن يبيعه شيئاً، ولا يشاهده، على انه متى لمسه وقع البيع. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٦٥ والدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥٦ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣١ والبهوتي، كشاف القنـاع، ج٣، ص١٦٦.

* **بيع المنابذة:** أن يقول: أي ثوب نبذته إلي فقد اشتريته بكذا. انظر: المراجع السابقة، نفس المواطن.

(1) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٤١٠ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩١.

(2) الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، ت:(٧٩٠هـ). الموافقات، تحقيق: عبـدا دراز، دار المعرفـة، بيروت، لبنان، ج٣، ص٢١، ٢٢.

(3) الثعلبي، أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر المالكي، ت:(٣٦٢هـ). التلقين، الطبعة الأولى، تحقيـق: محمـد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ١٤١٥هـ، ج٢، ص٣٦٤ وابن عبد البر، أبو عمر بن يوسف بـن عبدا بن محمد النمري القرطبي، ت:(٤٦٣هـ). التمهيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمـد عبـد الكبيـر البكري، وزارة عموم الأوقاف، المغرب، ١٣٨٧هـ، ج١٤، ص٣٢.

(4) ابن حجر، فتح الباري، ج٤، ص٣٣٠.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩١ والنفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المـالكي، ت:(١١٢٥هـ). الفواكـه الدواني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج٢ص١٠٩ والقيرواني، أبو محمد عبدا بن أبي زيـد، ت:(٣٨٦هـ). رسـالة القيرواني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج١، ص٥٢٢ وأبو الحـسن المـالكي، علـي بـن خلـف المنـوفي المـالكي، ت:(٩٣٩هـ). كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ، ج٢، ص٢٤٦.

(6) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٨.

ثانياً: ما رواه حكيم بن حزام- رضي الله عنه- قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال: حتى يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما، وكذبا محقت بركة بيعهما "[1].

ثالثاً: ما رواه ابن عمر- رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: " المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار"[2].

وجه الدلالة:

وجه الدلالة من هذه الأحاديث ظاهر، فهي صريحة الدلالة في إثبات خيار المجلس، وجميعها صحيحة، وقاطعة؛ لثبوتها في كتب الحديث المعتبرة، وهي بحد ذاتها كافية لأن تكون دليلاً لثبوت خيار المجلس.

المعقول:

قال ابن القيم:" إن الشارع أثبت خيار المجلس في البيع حكمة، ومصلحة للمتعاقدين، وليحصل تمام الرضا الذي شرطه الله تعالى فيه، فإن العقد قد يقع بغتة من غير ترو، ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن هذه الشريعة الكاملة أن يجعل للعقد حريماً يتروى فيه المتبايعان، ويعيدان النظر، ويستدرك كل واحد منهما عيباً كان خفياً، فلا أحسن من هذا الحكم، ولا أرفق لمصلحة الخلق"[3].

---

(1) سبق تخريجه، انظر: ص٣٠ من هذه الرسالة.

(2) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ج٢، ص٧٤٣، حديث رقم:(٢٠٠٥).

(3) ابن القيم، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، ت:(٧٥١هـ). أعلام الموقعين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٩٧٣م، ج٣، ص١٦٤، **فائدة:**(يصح قولنا إعلام الموقعين بالكسر، كما يصح بالفتح أعلام الموقعين). أفادنا بذلك استاذنا الدكتور عبدالله إبراهيم زيد الكيلاني، نفعنا الله به وبكم، آمين.

الرأي المختار:

من النظر في أراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القـول الثـاني، القاضي بثبوت خيار المجلس في عقد البيع، والذي يبنى عليه أن يكون لكلا العاقدين حق الرجوع عن العقد ما دام المجلس قائماً، ولا يعَد تلاقي الإيجاب والقبول لازماً للمتبايعين، إلا بعد التفرق بالأبـدان؛ للأسباب الآتية:

أولاً: قوة وسلامة ما استدلوا به من الردود والمناقشة، حيث إن جميع الأحاديث التي كانت محـل استدلالهم، أحاديث صحيحة ثابتة في كتب الحديث المعتبرة، وهي بحد ذاتها كافيـة لأن تكـون دلـيلاً لثبوت خيار المجلس، وتخصيص ما استدل به الفريق الآخر من عموم الآيات الكريمة.

ثانياً: اتفاق ما ذكروه من أدلة عقلية والمصلحة، إذ القول بجواز الرجوع عن عقد البيع قبل التفرق بموجب ثبوت خيار المجلس يعطي لكلا العاقدين فرصة للتروي، وإعادة النظر قبل إتمام هـذا العقـد؛ ليستدرك كل واحد منهما عيباً كان خفياً عنه؛ ليحصل بذلك تمام الرضا الذي شرطه الله تعالى بقولـه: **﴿إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم﴾**[1]؛ وذلك لأن العقد قد يقع بغتة من غير سابقة تأمل.

---

(1) سورة النساء، الآية:٢٩.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد البيع بعد التفرق

سبق وبينا أن العقد إذا وقع صحيحاً، مستوفياً أركانه وشروطه، أصبح لازماً للعاقدين، ليس لأحدهما الرجوع عنه، إلا إذا وجد سبباً يعطيه حق الرجوع، واتفق الفقهاء أن من هذه الأسباب أن يدخل على العقد الخيار، فيحوله من اللزوم إلى غير اللزوم.

لذا نجد ابن نجيم يعرف البيع الجائز غير اللازم بقوله:" ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، ولم يتعلق به حق الغير، وفيه الخيار"(١).

ومنه قول ابن عابدين:" وأما شرائط اللزوم بعد الانعقاد، والنفاذ، فخلوه من الخيارات الأربعة المشهورة، وباقي الخيارات "(٢).

وقول الكاساني:" وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده، ونفاذه، وصحته، فواحد، وهو: أن يكون خالياً عن خيارات أربعة، خيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، فلا يلزم- أي البيع- مع أحد هذه الخيارات "(٣).

ومنه قول المرداوي:" الخيار يرفع اللزوم بالكلية "(٤).

وقد نقل ابن قدامة الإجماع على جواز عقد البيع وعدم لزومه بعد التفرق إذا وجد الخيار، فقال:
" لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضي جوازه... إلا أن يجد بالسلعة عيباً فيردها به، أو أن يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة، فيملك الرد أيضاً، ولا خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين "(٥).

وقريب من قول الكاساني قول الأستاذ السنهوري، حيث قال:" هناك خيارات أربعة، هي خيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب، إذا ثبت خيار منها لأحد العاقدين، استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد "(٦).

وقول الدكتور وحيد الدين سوار عند حديثه عن القوة الملزمة للعقد، حيث قال:" إن هذه القوة الملزمة ليست مطلقة في الفقه الإسلامي، شأنها شأن القانون الوضعي، وإنما هي مقيدة بحق الرجوع الذي قرره الشارع لصاحب الخيار في الخيارات المعروفة، ولأحد العاقدين في العقود غير اللازمة"(٧).

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٧٥.

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٠٥.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٢٨.

(4) المرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٤٨٢.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٤.

(6) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، ص١٣١.

(7) سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص٥٩٧.

من هنا يرى الباحث اتفاق الفقهاء على أنه يصح الرجوع عن عقد البيع بعد التفرق، سواء أكان المقصود بالتفرق، التفرق بالأقوال، أم التفرق بالأبدان، عن طريق الخيارات، فيجوز لصاحب الخيار في خيار الشرط[1]، أو العيب[2]، أو الرؤية[3]، ونحوها الرجوع عن عقد البيع بعد التفرق، بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، وكذلك دون توقف على حكم، أو قضاء، إلا في خيار العيب بعد القبض، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(1) **تعريف خيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية:**

خيار الشرط، والعيب، والرؤية، كل منهما مركب إضافي، وحتى يتم تحديد أي منهما لا بد من تعريف شقيه:

الخيار لغة واصطلاحاً: سبق تعريفه. انظر: ص٢٤ من هذه الرسالة.

الشرط لغةً: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع: شروط، والاشتراط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم. انظر ابن منظور، لسان العرب، مادة: شرط، ج٧، ص٣٢٩.

تعريف خيار الشرط باعتباره مركباً إضافياً: عرفه ابن عابدين، فقال:" خيار الشرط مركب إضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء، والفسخ ". انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٤، ص٥٦٧، **وقال ابن مفلح:**" هو أن يشترطا في العقد مدة معلومة فيثبت فيها ". انظر: ابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٦٧ ومقتضاه: أن يثبت لمن شرط له الخيار فسخ العقد، أو إمضائه، ما لم تنقضي المدة المشروطة في الخيار.

(2) **تعريف خيار العيب**:

العيب لغة: الوصمة، والجمع: أعياب، وعيوب، يقال: عاب الشيء عيباً صار ذا عيب. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: عيب، ج١، ص٦٣٣.

العيب اصطلاحاً: ما نقص من قيمة المبيع عادة، وقيل: نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالباً، وقيل العيب: نقص عين المبيع ولو لم تنقص به القيمة بل زادت، وقيل العيب: نقص قيمته عادة في عرف التجار وإن لم تنقص عينه. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٧٥ والسرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٠٦ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢١٥ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٧٦.

تعريف خيار العيب باعتباره مركباً إضافياً: مما تقدم يمكن تعريف خيار العيب بأنه: حق لمتملك محل العقد في إمضاء العقد، أو فسخه، والرجوع عنه، إذا تبين له أن محل العقد متعيب بعيب يوجب نقصاً في قيمته في العرف، والعادة، لم يطلع عليه، ولم يرضَ به عند التعاقد.

(3) **تعريف خيار الرؤية: الرؤية لغةً**: النظر بالعين والقلب. انظر: ابن منظور، مادة: رأى، ج١٤، ص٢٩١.

تعريف خيار الرؤية باعتباره مركباً إضافياً: حق لأحد العاقدين في فسخ العقد، أو إمضائه، عند رؤية محل العقد. وهذا يستخلص من قول الفقهاء:" الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية ". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٨، والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٦ وابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٣٧.

القول الأول: الرد بالعيب لا يفتقر إلى رضا البائع، ولا إلى حضوره، ولا إلى حكم حاكم، سـواء أكان الرد به قبل القبض، أم بعده، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على الطلاق، بجامع أنه رفع عقد مستحق له، فلم يفتقـر إلـى رضـا صـاحبه، ولا حضوره[٤].

ثانياً: قياساً على الرد قبل القبض، بجامع أنه مستحق الرد بالعيب، فلا يفتقر إلى رضا صاحبه[5].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض، بخلاف ما بعد القبض، فكان الرد قبل القبض في معنى الامتناع عن القبول، كأن المشتري رد إيجاب البائع، ولم يقبله[٦]، فافترقا.

القول الثاني: لا يصح الرجوع بخيار العيب بعد القبض، إلا بالتراضي، أو القضاء، وهـو قـول الحنفية[٧].

وجه ذلك:

أن الصفقة قد تمت بعد القبض، بخلاف ما قبل القبض؛ لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض، فكـان الرد قبل القبض في معنى الامتناع عن القبول، كأن المشتري رد إيجاب البائع، ولم يقبله[٨].

---

(1) القرافي، الذخيرة، ج٥، ص٨٦.

(2) النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٧٦.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ٣، ص٢٢٤ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص١١٦.

(4) القرافي، الذخيرة، ج٥، ص٨٦ والبهوتي، كشاف القناع، ٣، ص٢٢٤، ٢٢٥ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص١١٦.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١١٦.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٨٢.

(7) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٣٠ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٨٢.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٨٢.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قول الحنفية، بأن الرد بالعيب بعد القبض يتوقف على رضا البائع، أو قضاء القاضي؛ لأن ذلك أقرب إلى حفظ الحقوق، واستقرار المعاملات، وخصوصاً في العيوب التي تحتاج إلى نظر أهل الخبرة والاختصاص؛ لتحديد كون العيب قديماً يوجب الرد، أم حديثاً لا يوجب الرد، وما كان هذا شأنه، فإنه يجري فيه التشاح، والتنازع غالباً، فاحتاج الرجوع فيه إلى القضاء؛ قطعاً للنزاع، وحسماً للخلاف بين المتعاقدين.

فإن أجيب: بأنه حق أثبته الشارع لصاحب الخيار.

أجيب عنه: إن هذا إنما يثبت لصاحب الخيار قبل القبض، إذ لا يستطيع البائع إنكار حدوث العيب عنده، أما بعد القبض، فدعوى إنكار البائع حدوث العيب عنده دعوة قائمة، فاحتاج الرد بالعيب بعد القبض إلى التراضي، أو القضاء منعاً للنزاع.

ومما تجدر الإشارة إليه، وجه التفرقة عند الحنفية بين خيار العيب وغيره من الخيارات، كخيار الشرط، وخيار الرؤية، حيث يصح الرجوع بخيار الشرط، والرؤية بعد القبض دون قضاء، ودون اشتراط الرضا[(١)]:

أولاً: أن خيار الشرط والرؤية لا تتم معهما الصفقة، فلا تحتاج في الرجوع إلى القضاء، ولا تتم الصفقة مع خيار الشرط؛ لأن الأحكام لا تثبت في حق من له الخيار، أما خيار العيب، فالصفقة تتم معه ما دام العلم بالعيب كان بعد القبض[(٢)].

ثانياً: أن خيار الشرط والرؤية لا تجري المشاحة والخلاف في سببهما غالباً؛ لأنه معلوم معين، أما خيار العيب، فسببه وهو: العيب، موضع نظر أهل الخبرة، ويجري فيه التشاح، والتنازع غالباً، فاحتاج الرجوع فيه إلى القضاء[(٣)].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٨٢.

(2) أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، عدد الأجزاء:(١)، دار الفكر العربي، الملكية ونظرية العقد، ص٤٥١.

(3) المرجع السابق، ص٤٥١.

المطلب الثاني

موانع[1] الرجوع في عقد البيع

من تتبع آراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد البيع، سواء أكان قبل التفرق، أم بعده، يتبـين مـا يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع عن هذا العقد.

الفرع الأول: موانع الرجوع في عقد البيع قبل التفرق

يمتنع الحق في الرجوع عن عقد البيع قبل التفرق للعاقدين، أو لأحدهما بأمور:

أولاً: لزوم العقد بصدور القبول من العاقد الآخر، وإن كان المجلس ما زال قائما

يعَد مانعاً لكلا العاقدين من الرجوع عن عقد البيع، عند الحنفيـة، والمالكيـة، والفقهـاء الـسبعة بالمدينة، إلا ابن المسيب، على اعتبار أنهم لا يقولون بخيار المجلس، فإذا اتـصل القبـول بالإيجـاب أصبح العقد لازما للعاقدين، ليس لأحدهما الرجوع عنه بإرادته المنفردة [2].

---

(1) **الموانع لغة:**" جمع مانع، وهو اسم فاعل من منع الشيء إذا حال بينه وبين مقصوده ". انظر: البعلي، أبو عبـدا محمد بن أبي الفتح الحنبلي، ت:(٧٠٩هـ). المطلع على أبواب المقنع، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، ١٤٠١هـ/١٩٨١م، ص٤١٠ وانظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: منع، ج٨، ص٣٤٣.

المانع اصطلاحاً: ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته. انظر: القرافـي، الـذخيرة، ج١، ص٦٩ والشربيني، مغني المحتاج، ج١، ص١٨٤.

المانع في اصطلاح الأصوليين: قال الآمدي:" المانع منقسم إلى مانع حكم، ومانع سبب، **أما مانع الحكم**: فهو كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب، كالأبوة في باب القصاص مع القتل العمد العدوان، **وأما مانع السبب**: فهو كل وصف يخل وجوده بحكمة السبب يقيناً، كالدين في باب الزكاة مـع ملك النصاب ". انظر: الآمدي، الأحكام، ج١، ص١٧٥.

(2) انظر قول الحنفية، والمالكية القاضي بلزوم عقد البيع بمجرد صدور القبول موافقاً للإيجـاب: ص٣٢ مـن هـذه الرسالة.

ثانياً: الإسقاط – أي اسقاط الخيار-: صورتة: أن يبيع إنسان لآخر بيعاً، ويشترط عليه أنه ثابت بلا خيار.

اختلف الفقهاء المثبتون لخيار المجلس في اعتبار الإسقاط مانعاً من الرجوع، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في جواز إسقاط الخيار قبل العقد؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في حكم اسقاط الخيار قبل العقد، واعتباره مانعاً من الرجوع على قولين:

القول الأول: صحة إسقاط الخيار قبل العقد، وعليه يكون الإسقاط مانعاً من الرجوع عند الحنابلة[١]، وقول عند الشافعية[٢].

وجه ذلك: أولاً: ما رواه ابن عمر- رضي ا عنهما- قال: قال رسول ا - صلى ا عليه وسلم: " المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار "[٣].

وجه الدلالة: دل الحديث بمفهومه على جواز إسقاط الخيار.

ثانياً: أن الخيار جعل رفقاً بهما، فجاز لهما تركه[٤].

ثالثاً: أن الخيار غرر، فجاز إسقاطه[٥].

القول الثاني: لا يجوز إسقاط الخيار قبل العقد، وعليه لا يكون إسقاط الخيار قبل العقد مانعاً من الرجوع، وهو القول الثاني عند الشافعية، والصحيح في المذهب[٦]، وبه قال الظاهرية [٧].

وجه ذلك: إنه خيار يثبت بتمام البيع، فلم يجز إسقاطه قبل تمامه[٨].

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان القول باعتبار الإسقاط مانعاً من الرجوع، للأسباب الآتية:

أولاً: أن الخيار حق له، والإنسان بسبيل من التصرف في حقه، استيفاء وإسقاطاً.

ثانياً: قياساً على إسقاطه بعد العقد، فكما له إسقاط حقه في الخيار بعد العقد، له ذلك قبل تمامه.

ثالثاً: الخيار إنما جاء على خلاف الأصل، وهو: لزوم العقد، فجاز إسقاطه.

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٠.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٨ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٥.

(3) سبق تخريجه، انظر: ص٤٢ من هذه الرسالة.

(4) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٨ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٥.

(5) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(6) **قال أبو إسحاق:**" لا يصح، وهو الصحيح ". انظر: الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٨ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٥.

(7) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٥٩.

(8) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٨ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٥.

يتفرع عن ذلك مسألة، وهي: هل يبطل العقد بهذا الشرط، أم لا؟

عند الشافعية وجهان:

الأول: لا يبطل؛ لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض والمعوض[١]**.**

الثاني: يبطل؛ لأنه يسقط موجب العقد، فأبطله كما لو شرط عليه ألا يسلم المبيع[٢]**.**

عند الظاهرية: العقد فاسد؛ لأنهما اشترطا إبطال ما أثبته ا ورسوله- صلى ا عليه وسلم-[٣]**.**

---

(1) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٨ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٥.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٨ والمطيعي، تكملـة المجمـوع، ج٩، ص١٦٥.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٥٩.

ثالثاً: التخاير

ذلك بأن يسقط كل منهما حقه بالخيار، كقولهما بعد العقد: أمضينا العقد، أو ألزمناه، أو أجزناه، أو أبطلنا الخيار، أو أفسدناه[(١)].

اختلف الفقهاء المثبتون لخيار المجلس في اعتبار التخاير مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع على قولين:

القول الأول: يعَد التخاير مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع، وهو قول الشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)]، والظاهرية[(٤)].

وجه ذلك:

ما رواه ابن عمر- رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-:" إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع "[(٥)].

وجه الدلالة:

جعل التخاير علة للزوم البيع، فقوله:" فقد وجب البيع" أي لزم إذا خير أحدهما الآخر.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٠.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والنووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٧ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٤ والغمراوي، السراج الوهاج، ص١٨٤.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٣٦ والروض المربع، ج٢، ص٦٩ وضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، ت:(١٣٥٣هـ). منار السبيل، الطبعة الثانية، تحقيق: عصام القلعجي، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٥هـ، ج١، ص٢٩٧ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٧.

(4) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٥٩.

(5) سبق تخريجه، انظر: ص٣٩ من هذه الرسالة.

القول الثاني: الخيار لا يبطل بالتخاير، وهو قول الخرقي من الحنابلة، وقيل: هي رواية عن الإمام أحمد[١].

وجه ذلك:

إن أكثر الروايات عن النبي- صلى ا عليه وسلم-:" البيعان بالخيار ما لم يتفرقـا "[٢]، جـاءت مطلقة من غير تقييد، ولا تخصيص[٣].

يجاب عنه:

إن أكثر الروايات وإن جاءت مطلقة من غير تقييد، ولا تخصيص، إلا أن منها ما جـاء مقيـداً، ومخصصاً، من ذلك حديث ابن عمر- رضي ا عنهما-:" أو يخيـر أحـدهما الآخـر"[٤]، فيكـون مخصصاً، ومقيداً لما جاء عاماً، ومطلقاً.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القـول بكـون التخاير مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع؛ للأسباب الآتية:

أولاً: ضعف حجة المخالفين أمام حجة القائلين بأن التخاير مسقط للخيار مانع من الرجوع.

ثانياً: أن الخيار حقه، والإنسان بسبيل من التصرف في حقه، استيفاء واسقاطاً.

ثالثاً: الأخذ بهذا الرأي يفضي إلى حمل المطلق على المقيد، وفي ذلك إعمال الدليلين، وكما هـو معلوم إن إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما.

---

(1) **قال ابن قدامة**:" ظاهر كلام الخرقي أن الخيار يمتد إلى التفرق، ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ". انظر: ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٧.

(2) سبق تخريجه، انظر: ص٣٠ من هذه الرسالة.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٧.

(4) سبق تخريجه، انظر: ص٣٩ من هذه الرسالة.

يتفرع عن ذلك مسألة، وهي: لو اختار أحدهما لزوم العقد دون الآخر، هل يعد مسقطاً للخيار مانعاً من الرجوع لكليهما، أم لمن اختار دون الآخر؟

اختلف الفقهاء المثبتون لخيار المجلس في ذلك على قولين:

القول الأول: لو اختار أحدهما سقط حقه من الخيار، وبقي الحق فيه للآخر، وهو قول الحنابلة[(١)]، والصحيح عند الشافعية[(٢)].

وجه ذلك: أولاً: ما رواه ابن عمر- رضي ا عنهما- قال: قال رسول ا - صلى ا عليه وسلم-:" إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع..."[(٣)].

وجه الدلالة: وجب البيع- أي لزم – في حقه؛ لأنه جعل الخيار لغيره، فلم يبقَ له شيء[(٤)].

ثانياً: قياساً على خيار الشرط[(٥)]؛ لأن أحدهما لو أسقطه، لا يسقط في حق الآخر.

ثالثاً: يمكن أن يستدل لهم بقولنا الخيار حق لكلا العاقدين، والإنسان بسبيل من التصرف في حقه، فإسقاطه لحقه لا يتضمن إسقاط حق الآخر.

القول الثاني: لا يبقى- أي بمجرد اختيار أحدهما يسقط الخيار- و يعَد مانعاً من الرجوع لكلا العاقدين، وهو القول الثاني عند الشافعية[(٦)]، قال النووي: وهو- أي هذا القول- ضعيف[(٧)].

وجه ذلك: إن خيار المجلس لا يتبعض في الثبوت، فلا يتبعض في السقوط[(٨)].

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان قول الحنابلة، والصحيح عند الشافعية، القاضي بأن اختيار أحد العاقدين للخيار يسقطه في حقه دون الآخر؛ للأسباب الآتية:

أولاً: صحة قياسه على خيار الشرط، حيث إن أحدهما لو أسقطه، لا يسقط في حق الآخر.

ثانياً: لأن الخيار حق لكلا العاقدين، والإنسان بسبيل من التصرف في حقه، فإسقاطه لحقه لا يتضمن إسقاط حق الآخر.

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٠، وشرح منتهىالإرادات، ج٢، ص٣٦.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والشيرازي، المهذب، ج٢، ص٢٥٨ والنووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٧ والغمراوي، السراج الوهاج، ص١٨٥.

(3) سبق تخريجه، انظر: ص٣٩ من هذه الرسالة.

(4) البهوتي، شرح منتهىالإرادات، ج٢، ص٣٦.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٠.

(6) النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤.

(7) النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٧.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤.

اختص الشافعية بتفريع مسألة على موضوع التخاير، وهي: فيما لو خير أحـدهما الآخـر، ثـم سكت، هل يسقط خيار السائل بالرجوع بمجرد سؤاله للآخر بقوله: اختر، أم لا ؟

لا يسقط خيار المسؤول كما سبق بيانه على الصحيح من المذهب[١] وفي سـقوط خيـار الـسائل قولان:

القول الأول: لا يسقط خياره، وله حق الرجوع عن العقد إذا أراد ذلك، كما لـو قـال لزوجتـه: اختاري، فسكتت، فإن خيار زوجها في طلاقه لا يسقط[٢].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ " لأن المرأة لم تكن مالكة للخيار، وإذا خيرها فقد ملكها ما لـم تكن تملكه، فإذا سكتت بقي على حقه، أما المشتري فيملك حق الرجوع، فلا يفيد تخييره إسقاط حقه من الخيار"[٣]، فافترقا.

القول الثاني: يسقط خياره على الأصح، ويفقد حقه في الرجوع عن العقد ولو لم يختر صاحبه[٤].

وجه ذلك:

قوله- صلى ا عليه وسلم-:" البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر "[٥].

وجه الدلالة: دل الحديث على أنه إذا قال ذلك يسقط خياره؛ لتـضمنه الرضـا بـاللزوم بقولـه: اختر[٦].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول الثاني عند الشافعية، القاضي بسقوط خيار السائل بقوله اختر؛ لدلالة الحديث على سقوط خياره بمجرد قوله اختر، ولتضمن قوله اختر الرضا باللزوم دلالة.

---

(1) انظر قول الشافعية في ثبوت خيار المسؤول: الصفحة السابقة.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٨ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٥.

(3) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والشيرازي، المهذب، ج٢، ص٢٥٨ والمطيعي، تكملـة المجمـوع، ج٩، ص١٦٥ والنووي، وروضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٧.

(5) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: إذا لم يوقت بالخيار هل يجـوز البيـع، ج٢، ص٧٤٣، حديث رقم:(٢٠٠٢).

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والنووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٧.

رابعاً: التفرق بالأبدان[١]

يعَد تفرق المتعاقدين بأبدانهما اختياراً مانعاً من الرجوع لكلا العاقـدين عـن عقـد البيـع، عنـد الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤]، وسعيد بن المسيب، وابن حبيب، والـسيوري، وعبـد الحميـد الصائغ من المالكية[٥]، وجمهور الصحابة والتابعين - رضي ا تعالى عنهم أجمعين- علـى أصـل قولهم بثبوت خيار المجلس في عقد البيع[٦]، ويدخل في ذلك ضمناً من لم يقل بخيار المجلـس، وهـم الحنفية، وجمهور المالكية[٧]؛ لحملهم التفرق الوارد في الحديث على التفرق بالأقوال[٨]، فمن باب أولى أن يكون التفرق بالأبدان مانعاً من الرجوع عندهم عن عقد البيع.

---

(1) **ضابط التفرق بالأبدان:**

يرجع في تحديد ضابط التفرق بالأبدان إلى العرف، والعادة؛ لأن ما ليس له حد شرعاً، ولا لغةً يرجع فيه إلى العرف".

انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٥ والنووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٨ وابن قدامـة، المغنـي، ج٤، ص٦ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٨٦ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٦٥.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٥ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٢٨ والغمـراوي، الـسراج الوهـاج، ص١٨٤، ١٨٥.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٠ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٦ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٧٠.

(4) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٥٩.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩١ والحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ٤٠٩، ٤١٠.

(6) انظر قولهم القاضي بثبوت خيار المجلس في عقد البيع: ص٣٨ من هذه الرسالة.

(7) انظر قول الحنفية، وجمهور المالكية القاضي بعدم ثبوت خيار المجلس في عقد البيع: ص٣٢ من هذ الرسالة.

(8) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٣ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٢٨ وابن نجيم، البحـر الرائـق، ج٥، ص٢٨٥ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩١ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢ص٨٣ وأبو الحسن المـالكي، كفاية الطالب، ج٢، ص٢٠٠.

خامساً: موت أحد المتعاقدين

اختلف الفقهاء المثبتون لخيار المجلس في اعتبار الموت مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع على قولين:

القول الأول: لا يسقط خيار المجلس بموت أحد المتعاقدين، بل ينتقل إلى الورثة، ويكون للوارث الخيار في إمضاء العقد، أو الرجوع عنه، وهو قول الشافعية على الأصح(١)، وقول الخرقي من الحنابلة(٢).

وجه ذلك: قياساً على خيار الشرط، والرد بالعيب(٣)، فكما ينتقل الحق في خيار الشرط، والرد بالعيب إلى الورثة في حالة الموت، فكذلك خيار المجلس، بجامع أن كلاً منهما حق مالي.

القول الثاني: يسقط خيار المجلس بموت أحد المتعاقدين قبل التفرق، و يعَد مانعاً من الرجوع، وهو قول الحنابلة(٤)، وقول عند الشافعية(٥).

وجه ذلك: إن الموت أعظم الفرقتين، فهو أبلغ في المفارقة من مفارقته بالبدن(٦).

يجاب عنه: إن العبرة بامتناع الرجوع بالتفرق بالأبدان اختياراً؛ لما فيه من دلالة الرضا، وإعطاء كل من العاقدين الفرصة لإعادة النظر فيما أقدم عليه قبل تمام الصفقة، وليس كذلك التفرق بسبب الموت، فكان في حكم من أكره على التفرق في عدم سقوط خياره، وبقاء حقه في الرجوع عن العقد.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول القاضي بعدم اعتبار موت أحد المتعاقدين قبل التفرق مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع؛ لأن الخيار حق مالي ينتقل إلى الورثة كغيره من الحقوق المالية، فيكون للوارث الحق في إمضاء العقد، أو الرجوع عنه.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٥ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٩ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٢٨ والغمراوي، السراج الوهاج، ص١٨٥.

(2) المرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٧٠.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٥ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٩٥.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢١٠، ٢١١ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٣٦ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٧ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٢٩٧ والرحيباني، مصطفى السيوطي، ت:(١٢٤٣هـ). مطالب أولي النهى، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦١م، ج٣، ص٨٦.

(5) المطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٩٥ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٥.

(6) المطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٩٥ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٣٦ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٢٩٧ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٨٦.

الفرع الثاني: موانع الرجوع في عقد البيع بعد التفرق

يمتنع الرجوع عن عقد البيع بعد التفرق بامتناع سببه، وهو الخيار، ويمتنع الخيار بـأمور بحثهـا الفقهاء ضمن ما يعرف، بموانع الخيار، أو مسقطات الخيار:

المسألة الأولى: موانع الرجوع بسبب خيار الشرط

يمتنع الحق في الرجوع بسبب خيار الشرط للعاقدين، أو لأحدهما بأمور:

أولاً: الإسقاط الصريح: وهو أن يقول البائع أجزت البيع، أو أوجبتـه، أو أسـقطت الخيـار، أو أبطلته، وما يجري هذا المجرى[١]، وهو محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

ثانياً: الإسقاط دلالة: وهو أن يوجد منه تصرف في الثمن يدل على الإجـازة، وإيجـاب البيـع، فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة[٦] وهو أيضاً محل اتفاق عند الحنفية[٧]، والمالكية[٨]، والشافعية[٩]، والحنابلة[١٠].

يستوي في ذلك الإسقاط الصريح، والإسقاط دلالة؛ " لأن الخيار حقـه، والإنـسان بـسبيل مـن التصرف في حقه استيفاء، واسقاطاً "[١١].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٦٧.

(2) المرجع السابق، ج٥، ص٢٦٧.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩٨ وابن عبد البر، الاستذكار، ج٦، ص٤٨٢.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٩.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٨.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٦٧.

(7) المرجع السابق، ج٥، ص٢٦٧.

(8) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٩٨ وابن عبد البر، الاستذكار، ج٦، ص٤٨٢.

(9) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٩.

(10) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٨.

(11) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٨٢.

ثالثاً: الإسقاط بطريق الضرورة

يسقط الخيار ضرورة بأمور يمكن إجمالها في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: مضي مدة الخيار

اختلف الفقهاء في اعتبار مضي المدة مانعاً من الرجوع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يعَد مضي مدة الخيار مانعاً من الرجوع عند جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، حيث ذهبوا إلى أن العقد بمضي مدة الخيار يتحول من عقد غير لازم إلى عقد لازم، لا يملك أي من العاقدين الرجوع عنه، والتحلل منه بتصرف منفرد.

وجه ذلك:

أولاً: إن الخيار مؤقت به، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية[٤].

ثانياً: إن الحكم ببقائها يفضي إلى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها، والشرط سبب الخيار، فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله[٥].

ثالثاً: إن البيع يقتضي اللزوم، وإنما تخلف موجبه بالشرط، ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجبه؛ لزوال المعارض، كما لو أمضوه[٦].

القول الثاني: قول المالكية، وافقوا جمهور الفقهاء من حيث الجملة، لكن كان لهم تفصيل يمكن إيضاحه على النحو الآتي:

فرق المالكية بين ما إذا كانت السلعة بيد المشتري، أو بيد البائع، ومضت مدة الخيار من غير فسخ، ولا إجازة، فقالوا: إذا مضت المدة من غير فسخ ولا إجازة، وكانت السلعة بيد المشتري، ولم يردها، انتهى الخيار، ولزم العقد، أما إن كانت السلعة بيد البائع، ولم يدفعها، انتهى الخيار، واعتبر هذا فسخاً من البائع[٧].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٩ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٦٧.

(2) المطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٩٥.

(3) البهوتي، الروض المربع، ج٢ص٧٣ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٢ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٧٨.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٦٧ وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٢.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٢.

(6) المرجع السابق، ج٤، ص٢٢.

(7) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٩٥ والقرافي، الذخيرة، ج٥، ص٣٤.

القول الثالث: البيع لا يلزم بمضي مدة الخيار، فلا بد من اختيار، أو إجازة، وعليه لا يكون مضي مدة الخيار مانعاً من الرجوع، وهو قول القاضي من الحنابلة[١].

وجه ذلك:

إن مدة الخيار ضربت لحق له، لا لحق عليه، فلم يلزم الحكم بمضي المدة، كمضي المدة في الأجل في حق المولى[٢]، أي لا يلزم المولى بالنسبة للمكاتب بالعتق بمجرد مضي المدة.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان قول جمهور الفقهاء، الذي وافقهم عليه المالكيـة من حيث الجملة، القاضي بكون مضي مدة الخيار مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع؛ للأسباب الآتية:

أولاً: قوة وسلامة ما استدلوا به من الردود والمناقشة.

ثانياً: إن القول بعدم اعتبار المدة في خيار الشرط يتنـافى وقولـه- صـلى ا عليـه وسـلم-: " المسلمون على شروطهم"[٣]، **ووجه ذلك**:" إن من شرط شرطاً ألزم حكمه عند وجود شرطه "[٤].

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٢ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٧٨.

(2) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(3) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، ج٥، ص٢٣٣.

الحالة الثانية: موت المشروط له الخيار: سواء أكان الخيار للبائع، أم للمشتري، أم لهما معاً، يصبح العقد لازماً مانعاً من الرجوع بموت المشروط له الخيار، عند الحنفية، والحنابلة، خلافاً للمالكية، والشافعية، **والأصل في ذلك،** اختلافهم:" هل يورث خيار الشرط، أم لا "[(١)] **؟ وسبب الخلاف** في إرث الخيار:" هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال، أم لا؟ فمن انقدح له أنه صفة للعقد ورثه، ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذي الخيار لم يورثه "[(٢)].

لذلك نقول اختلف الفقهاء في اعتبار موت المشروط له الخيار مانعاً من الرجوع على قولين:

القول الأول: لا يورث؛ لذلك يبطل الخيار بموت من شرط له، ويكون مانعاً من الرجوع، وهو قول الحنفية[(٣)]، والحنابلة[(٤)]، غير أن الحنابلة لا يقولون بهذا القول على إطلاقه، وإنما قالوا: لا يورث إذا مات ولم يطالب، أما إن طالب في حياته فإنه يورث، ولا يشترط ذلك عندهم إلا في خيار الشرط.

جاء في كشاف القناع ما نصه:" قال أحمد: الموت يبطل فيه ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار، ثم قال: لم تكن للورثة هذه الثلاثة أشياء إنما هي بالطلب، فإذا لم يطالب فليس يجب إلا أن يشهد أني على حق من كذا وكذا، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به، ولا يشترط ذلك في إرث خيار غير خيار الشرط "[(٥)].

وجه ذلك: أولاً: إن الخيار صفة للميت، فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه[(٦)]، وقالوا: إنما يورث ما يحتمل الانتقال إلى الوارث، وأما ما لا يحتمل الانتقال إلى الوارث لا يورث، كملكه في منكوحته، وأم ولده[(٧)]. **يجاب عنه:** إنه قياس مع الفارق؛ لأن الخيار في أصله حق مالي، لذلك يقبل الانتقال.

ثانياً: قالوا: إنما يورث ما كان قائماً، والعقد قول قد مضى، ولا يتصور انتقاله إلى الوارث، وقالوا: إنما يملك الوارث الإقالة، لقيامه مقام المورث في الملك لا في العقد، فإن الملك يثبت ولاية الإقالة[(٨)] **يجاب عنه:** إن الخيار وإن كان قولاً قد مضى، إلا أن أثره ما زال قائماً.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٦٨ وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٥٩.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٥٩، ١٦٠.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٨ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٩ والسرخسي، المبسوط، ج١٣، ص٤٢ وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٦، ص٣١٨.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢١٠، ٢١١ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٤ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٩٣ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٦٨.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢١١.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٨.

(7) السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص٤٣.

(8) المرجع السابق، ج١٣، ص٤٣.

القول الثاني: يورث خيار الشرط؛ لذلك لا يبطل الخيار بموت المشروط لـه، ويكـون للـوارث الرجوع عن العقد إذا أراد ذلك، وهو قول المالكية[(١)]، والشافعية[(٢)]، وأبي الخطاب من الحنابلة[(٣)]، وبـه قال: الحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، والثوري، وإسحاق[(٤)].

وجه ذلك: قياساً على الرهن، وحبس المبيع على الثمن، بجامع أنه حق ثابت لإصلاح المال، فلـم يسقط بالموت[(٥)]، فكما ينتقل المال إلى الورثة في الرهن، وحبس المبيع على الثمن، ينتقل لهم الخيار.

الرأي المختار: من النظر في أراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحـان القول بعدم اعتبار الموت مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع؛ لأن الخيار حق مالي ينتقل إلـى الورثـة كغيره من الحقوق المالية، فيكون للولي الحق في إمضاء العقد، أو الرجوع عنه.

ولذات السبب في الاختلاف السابق هل يورث خيار الشرط، اختلف الفقهاء في حالة جنـون، أو إغماء المشروط له الخيار، هل يعد مانعاً من الرجوع، أم لا ؟

المالكية[(٦)]، والشافعية[(٧)] جرياً على أصلهم أن خيار الشرط يورث في حالة الموت، فكذلك في حالة جنون، أو إغماء من شرط له الخيار، وعليه لا يبطل الخيار بالجنون، أو الإغماء، فلو جـن مـن لـه الخيار، أو أصيب بغيبوبة انتقل حقه في الخيار إلى الولي، أو الحاكم، وافقهم في ذلك الحنابلة[(٨)]، خلافاً للحنفية[(٩)].

الرأي المختار: مما تقدم بيانه، يرى الباحث رجحان القول بعدم اعتبار الجنون، أو الإغماء مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع، فيكون للولي الحق في إمضاء العقد، أو الرجوع عنه، في حالة جنـون، أو إغماء من شرط له الخيار، قياساً على انتقاله إليه في حالة الموت، دفعاً للضرر، وحفظاً للحقوق.

---

(1) الإمام مالك، المدونة، ج١٠، ص١٧٤ والثعلبي، التلقين، ج٢، ص٣٦٤ وابن عبد البـر، التمهيـد، ج١٤، ص٣٣ والاستذكار، ج٦، ص٤٨٧ والمواق، التاج والإكليل، ج٤، ص٤٢١، وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٥٩.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٩ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٩٤.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢١٦ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٩٣.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢١٦.

(5) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٩ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٩٤.

(6) المواق، التاج والإكليل، ج٤، ص٤٢٢.

(7) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٩ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٩٤.

(8) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢١١.

(9) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٩ والسرخسي، المبسوط، ج١٣، ص٤٤.

الحالة الثالثة: هلاك المعقود عليه في مدة الخيار: إذا تلفت السلعة في مدة الخيار، فلا يخلو أن يكون قبل القبض، أو بعده، وكذلك لا يخرج أن يكون الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لكليهما:

فإن كان الهلاك قبل القبض، فلا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] في انفساخ عقد البيع بهلاك المبيع قبل القبض، وعليه يكون هلاك المعقود عليه قبل القبض مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع، سواء أكان الخيار للبائع، أم للمشتري، أم لكليهما، إلا إذا كان الهلاك بفعل المشتري، فيكون من ضمانه، ويبطل خياره؛ لأن إتلاف المشتري المبيع حساً، أو شرعاً، قبض له، وفي خيار البائع روايتان عند الحنابلة[5].

وجه ذلك: أولاً: إنه لو كان باتاً لبطل، فإذا كان فيه خيار الشرط أولى؛ لأنه أضعف منه[6].

ثانياً: تعذر قبضه[7]، أي لفوات محل المعقود عليه.

لكن حصل الخلاف فيما إذا هلك المبيع في مدة الخيار بعد القبض، هل يبطل الخيار، أم لا ؟

القول الأول: إن هلك المبيع في مدة الخيار بعد القبض، وكان الخيار للبائع يبطل البيع، لكن تلزمه القيمة إن لم يكن له مثل، والمثل إن كان له مثل، وإن كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع، ولكن يبطل الخيار، ويلزم البيع، وعليه الثمن، وهو قول الحنفية[8].

وجه ذلك: إن فائدة الخيار التمكن من الفسخ، والرد، فإذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في بقاء الخيار فائدة، فلا يبقى[9].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٧٢.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٤ وابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد القرطبي، ت:(٤٦٣هـ). الكافي، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٧هـ، ص٣٤٤ والمواق، التاج والإكليل، ج٤، ص٤٢٢.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٦٥ والأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، ت:(٩٢٦هـ). فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ، ج١، ص٣٠٠.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢١٠ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٨ والخرقي، أبو القاسم عمر بن الحسين، مختصر الخرقي، ت:(٣٣٤هـ). الطبعة الثالثة، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ، ص٦٤.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٨.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٧٢.

(7) الأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٣٠٠.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٧٢ وانظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٨ وابن الهمام شرح فتح القدير، ج٦، ص٣٠٦.

(9) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٦٩ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٩، ٢١٠.

القول الثاني: المبيع في مدة الخيار على ملك البائع، سواء أكان الخيار له، أم للمشتري، أم لهما، أم لغيرهما، فإن تلف فمصيبته منه إلا إن قبضه المشتري فمصيبته منه، إن كان مما يغاب عليه، ولم تقم على تلفه بينة، وهو قول المالكية[1].

القول الثالث: إن هلك المبيع بعد القبض، وكان الخيار للبائع انفسخ البيع، وإن كان الخيار للمشتري، أو لهما معاً لم ينفسخ، ويبقى الخيار، ولزم المشتري الثمن إن تم العقد، وإن فسخ فالقيمة، هذا إذا كان التلف بآفة سماوية، أما إذا كان بفعل أجنبي لم ينفسخ البيع، وتلزم القيمة على الأجنبي للمشتري، والخيار بحاله، وإن أتلفه المشتري لزمه الثمن، وهو قول الشافعية[2].

القول الرابع: قول الحنابلة، قالوا: إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار، فهو من ضمان المشتري، ويبطل خياره[3]**؛** لأن التالف لا يتأتى عليه الفسخ[4].

وفي خيار البائع روايتان[5]:

إحداهما: يبطل، وهو اختيار الخرقي، وأبي بكر؛ لأنه خيار فسخ، فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب إذا تلف المعيب.

الثانية: لا يبطل، وللبائع أن يفسخ، ويطالب المشتري بقيمته، وهو اختيار القاضي، وابن عقيل.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث أن هلاك المعقود عليه يعَد مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع، سواء أكان قبل القبض، أم بعده، أما قبل القبض؛ فلإجماع الفقهاء على انفساخ العقد بهلاك محله؛ لتعذر قبضه، إلا إذا حصل الهلاك بفعل المشتري، فيكون من ضمانه، ويبطل خياره؛ لأن إتلاف المشتري المبيع حساً، أو شرعاً، قبض له، وأما بعده؛ فلامتناع الرد بفوات محل العقد، إذ إن فائدة الخيار التمكن من الفسخ، والرد، فإذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في بقاء الخيار فائدة، فلا يبقى.

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٤ وابن جزي، محمد بن أحمد الغرناطي المالكي، ت:(٧٤١هـ). القوانين الفقهية، عدد الأجزاء:(١)، ص١٨٠ وابن عبد البر، الكافي، ص٣٤٤ والمواق، التاج والإكليل، ج٤، ص٤٢٢ وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٥٩.

(2) الشرواني، حواشي الشرواني، ج٤، ص٣٤٥ والنووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٥٢.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٩، ٢١٠ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٨.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢١٠.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٨.

الحالة الرابعة: زيادة المبيع في مدة الخيار

من تتبع أقوال الفقهاء لما يحصل للمبيع من زيادة، يرى الباحث أن هذه الزيادة لا تخرج عن واحد من الأقسام الآتية:

القسم الأول: زيادة متصلة وهي على نوعين:

النوع الأول: متولدة من الأصل**،** كالحسن، والجمال، والسمن، والبرء من المرض.

النوع الثاني: غير متولدة من الأصل، كغرس الأرض، أو البناء عليها.

القسم الثاني: زيادة منفصلة وهي كذلك على نوعين:

النوع الاول: متولدة من الأصل، كالولد، والثمر، واللبن.

النوع الثاني: غير متولدة من الأصل**،** كالكسب، والصدقة، والأجرة**.**

بعد هذا البيان لأقسام الزيادة التي قد تطرأ على المبيع نقول: اختلف الفقهاء في اعتبـار زيـادة المبيع في مدة الخيار، مسقطة للخيار، مانعة من الرجوع على قولين:

القول الأول: لا تأثير للزيادة في الخيار مطلقاً، من غير فرق بين زيادة وأخرى، ويبقى المـشتري على خياره، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

وجه ذلك: إن الرجوع في الأصل دون النماء ممكن[٤].

---

(1) القرافي، الذخيرة، ج٥، ص١٠٢.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٨ والغمراوي، السراج الوهاج، ص١٨٩.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٨ ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٧٨.

(4) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٧٨.

القول الثاني: قول الحنفية[1]: فصلوا في قولهم، فقالوا: إذا كانت زيادة متصلة غير متولدة من الأصل، كما لو كان ثوباً فصبغه، أو أرضاً فبنى عليها، أو غرس فيها، فإنه يبطل خياره.

وجه ذلك: إن هذه الزيادة مانعة من الرد بالإجماع - أي إجماع أئمة الحنفية - فكانت مسقطة للخيار، مانعة من الرجوع.

أما إن كانت زيادة متصلة متولدة من الأصل كالحسن، والجمال، والسمن، والبرء من المرض، ونحو ذلك، فإن الحنفية اختلفوا فيما بينهم:

فقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: يبطل خياره.

وقال محمد: لا يبطل.

وجه ذلك: قال محمد: لا يبطل، بناء على أن هذه الزيادة تمنع الرد عندهما، وعنده لا تمنع.

أما الزيادة المنفصلة، فلا تبطل الخيار، سواء أكانت زيادة منفصلة متولدة من الأصل، كالولد، والثمر، واللبن، ونحوها، أم كانت غير متولدة من الأصل، كالكسب، والصدقة، والأجرة، لا يبطل خياره.

وجه ذلك: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد، فلا يبطل الخيار.

الرأي المختار:

من النظر في أراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان قول جمهور الفقهاء، القاضي بأنه لا تأثير للزيادة في الخيار مطلقاً، من غير فرق بين زيادة وأخرى، ويبقى المشتري على خياره؛ لأن هذه الزيادة لا تمنع الرد، فلا يبطل الخيار، وكذلك لأن الرجوع في الأصل دون النماء ممكن.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٧٠ والسرخسي، المبسوط، ج١٣، ص٣٤.

المسألة الثانية: موانع الرجوع بسبب خيار العيب

لا تختلف موانع الرجوع بسبب خيارالعيب عما سبق بيانه في موانع الرجوع في خيار الشرط[١]، فما قيل في موانع الرجوع بسبب خيار الشرط يمكن أن يقال هنا، مع إضـافة بعـض الموانـع التـي تقتضيها طبيعة خيار العيب، منها:

أولاً: الرضا بالعيب بعد العلم به: لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والـشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، والظاهرية[٦] أن الرضا بالعيب بعد العلم به، مسقط للخيار، مانع من الرجوع.

وقد نقل إجماع الفقهاء على ذلك ابن مفلح، حيث قال:" فإن علم بالعيب وقـت العقـد، أو قـال: رضيت به معيباً، فلا خيار له بغير خلاف نعلمه "[٧].

من ذلك يتبين أن الفقهاء متفقون على اعتبار الرضا بالعيب بعد العلم به مسقطاً للخيار، مانعاً مـن الرجوع.

وجه ذلك[٨]:

أولاً: إن حق الرد والرجوع لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة، ولما رضي بالعيـب بعـد العلم به، دل أنه ما شرط السلامة.

ثانياً: لأنه- أي خيار العيب - ثبت نظراً للمشتري دفعاً للضرر عنه، فإذا رضي بالعيـب، فلـم ينظر لنفسه، ورضي بالعيب.

يستوي في ذلك الرضا الصريح، والرضا دلالة[٩]:

الرضا الصريح: هو أن يقول البائع: رضيت بالعيب، أو أجزت هذا البيع، أو أوجبته، وما يجـري هذا المجرى.

الرضا دلالة: هو أن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يـدل علـى الرضـا بالعيب، نحو ما إذا كان ثوباً فصبغه، أو أرضاً فبنى عليها، أو تصرف به تصرفاً أخرجه عن ملكه.

---

(1) انظر موانع الرجوع بسبب خيار الشرط: ص٥٧ من هذه الرسالة وما بعدها.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩١، ٢٨٢ والحصكفي، الدر المختار، ج٤، ص٥٨٧.

(3) المواق، التاج والإكليل ج٤، ص٤٣٩.

(4) المطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٩٢.

(5) ابن مفلح، المبدع، ج٧، ص١٠٩ وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٥، ص١١١.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٧٣.

(7) ابن مفلح، المبدع، ج٧، ص١٠٩ وانظر: المرداوي، الإنصاف، ج٨، ص١٩٩.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٨٢.

(9) المرجع السابق، ج٥، ص٢٨٢.

ثانياً: اشتراط البراءة من العيوب

اختلف الفقهاء في اعتبار اشتراط البراءة من العيوب مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في صحة اشتراط البراءة من العيوب، فمن قال بصحة اشتراط البراءة من العيوب، اعتبره مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع، ومن قال بعدم صحة اشتراط البراءة من العيوب، لم يعتبره مسقطاً للخيار، ولا مانعاً من الرجوع، **وأصل الخلاف في صحة اشتراط البراءة مبناه:**" صحة الإبراء عن الحقوق المجهولة "[١].

ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في صحة اشتراط البراءة من العيوب، واعتباره مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: صحة اشتراط البراءة من العيوب مطلقاً، فيبرأ البائع من كل عيب علمه، أو جهله، وهو قول الحنفية[٢]، وقول عند المالكية[٣]، وقول عند الشافعية[٤]، وعليه يكون اشتراط البراءة من العيوب مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع.

وجه ذلك:

أولاً: إن الإنسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء وإسقاطاً، فإذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه في الرجوع، فصح الإسقاط[5].

يجاب عنه: إن هذا الإستدلال إنما يحمل على ما جهل من العيوب، ولم يمكن العلم به، أما ما يمكن العلم به، فلا يصح الإبراء منه؛ لعدم صحة الإبراء عن المجهول الذي يمكن العلم به[٦].

ثانياً: إنه عيب رضي به المشتري، فبرأ منه البائع، كما لو أوقفه عليه[٧].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لعدم وقوف المشتري عليه، بخلاف ما لو رضي به بعد العلم.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص٩٢.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٧٦ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٧٤.

(3) القرافي، الذخيرة، ج٥، ص٩١.

(4) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٨٨ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٥٣.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٧٦ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٧٤.

(6) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٨٠ والنووي، روضة الطالبن، ج٤، ص٢٠٣ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٠٢ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٩٦ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨٥.

(7) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٨٨ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٥٣.

القول الثاني: عدم جواز اشتراط البراءة من العيوب مطلقاً، وهو قول عند المالكية[١]، وقول عند الشافعية[٢]، وقول عند الحنابلة[٣]، وقول الظاهرية[٤]، وعليه لا يكون اشتراط البراءة من العيوب مسقطاً للخيار، ولا مانعاً من الرجوع. **وجه ذلك: أولاً**: إنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين، فلم يصح مع الجهالة، كالأجل المجهول، والرهن المجهول[٥].

يجاب عنه: إن هذا الإستدلال إنما يحمل على اشتراط البائع البراءة من العيوب التي يعلمها، وأمكن إيقاف المشتري عليها، بخلاف العيب الذي لا يعلمه؛ لعدم إمكان إيقاف المشتري عليه.

ثانياً: إنه انعقد على شرط ليس في كتاب ا ، وكل شرط ليس في كتاب ا ، فهو باطل؛ ولأنه غش، والغش باطل، قال -عليه الصلاة والسلام-:" من غشنا فليس منا "[٦]، وقال -عليه الصلاة والسلام-:" الدين النصيحة ، ولرسوله، ولكتابه، ولأئمة المسلمين، وعامتهم "[٧]، وكل بيع انعقد على الكذب، والباطل، فهو باطل[٨].

يجاب عنه: إن هذا الإستدلال إنما يحمل على ما عَلِمَ به البائع من عيوب لم يعلم بها المشتري، أما اشتراط البراءة من العيوب التي لا يَعلمها البائع فلا غش فيه، ولا كتمان للنصيحة.

القول الثالث: التفريق بين ما يعلم من العيوب، وما لا يعلم، فلا يبرأ إلا من العيوب التي لا يعلمها وهو الراجح عند المالكية، وخصوه بالحيوان والرقيق بشرط أن تطول مدة إقامته عند البائع، وقدروا المدة الطويلة بستة أشهر[٩]، والأظهر عند الشافعية وخصوه بالعيب الباطن في الحيوان[١٠]، وقول عند الحنابلة[١١].

---

(1) القرافي، الذخيرة، ج٥، ص٩١.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٨٨ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٥٣.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٢٩ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٥٩.

(4) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٤٤.

(5) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٨٨ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٥٣.

(6) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الايمان، باب: قوله صلى ا عليه وسلم من غشنا فليس منا، ج١، ص٩٩، حديث رقم:(١٠١).

(7) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: الدين النصيحة، ج١، ص٣٠، حديث رقم:(٥٦) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: الدين النصيحة، ج١، ص٧٤، حديث رقم:(٥٥)، **لفظ الحديث:** للبخاري.

(8) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٤٤.

(9) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص١١٢ وابن عبد البر، الكافي، ج١، ص٣٤٩.

(10) الإمام الشافعي، الأم، ج٧، ص٩٩والشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٨٨، والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٥٣.

(11) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٢٩ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٥٩.

وجه ذلك: ما رواه الإمام مالك في الموطأ:" أن عبدا بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه على البراءة، فقال الذي ابتاعه لعبدا بن عمر: بالغلام داء لم تسمه، فاختصما إلى عثمان، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه لي، وقال عبدا : بعته بالبراءة، فقضى عثمان على عبدا أن يحلف: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبدا أن يحلف، وارتجع العبد "[1].

وجه الدلالة: دل الأثر بمفهومه على أنه إذا باعه، وكان عالماً بالعيب لا يبرأ.

يجاب عنه: إنه مذهب صحابي، والإحتجاج به محل خلاف بين الفقهاء.

وجه قول الشافعية في التفريق بين العيب الباطن في الحيوان، والعيب الباطن في غيره:

قال الإمام الشافعي:" لأن الحيوان يفارق ما سواه؛ لأنه يغتذي بالصحة، والسقم، وتحول طبائعه، وقلما تبرأ من عيب يظهر، أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الباطن منه؛ لأنه لا سبيل إلى معرفته، وتوقيف المشتري عليه، وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر، ولا في العيب الباطن في غير الحيوان، فلم يجز التبري منه مع الجهالة "[2].

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول الثالث، القاضي بأن شرط البراءة من العيوب يصح في كل عيب لا يعلم به البائع، أما ما يعلم به، فلا تصح البراءة منه، دون تقييده بالرقيق، أوالحيوان؛ للأسباب الآتية:

أولاً: إنه يجمع بين القولين، الأول: القاضي بصحة اشتراط البراءة من العيوب مطلقاً، والثاني: القاضي بعدم جواز اشتراط البراءة من العيوب مطلقاً، فما دام الجمع بين الأقوال ممكن، فهو الأولى بالاتباع.

ثانياً: القول بصحة اشتراط البراءة من العيوب مطلقاً يتعارض والأصول الشرعية المتفق عليها مثل قواعد الغرر، والذي يتضمنه اشتراط البراءة من العيوب من خلال تمليك المجهول، وكذلك ما يتضمنه من غش يظهر في كتمان البائع ما يَعلم من عيوب، وكذلك يتعارض والأصل الشرعي المجمع على جوازه، والذي شرع لدفع الجور عن المشتري، وهو الرد بالعيب.

ثالثاً: القول بعدم جواز اشتراط البراءة من العيوب مطلقاً يقيد المبدأ العام، وهو حرية الإشتراط في العقود.

---

(1) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: البيوع، باب: بيع البراءة، ج٥، ص٣٢٨، رقم:(١٠٥٦٨) وأخرجه الإمام مالك، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، مصر، كتاب: البيوع، باب: العيب في الرقيق، ج٢، ص٦١٣ وأخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، في الرجل يشتري من الرجل السلعة ويقول برئت إليك، ج٤، ص٣٦٥، رقم:(٢١٠٩٩)، **لفظ الأثر**: للإمام مالك، **الحكم على الأثر**: قال البيهقي: " أصح ما روي في هذا الباب ". انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٥، ص٣٢٨.

(2) الإمام الشافعي، الأم، ج٧، ص٩٩ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٨٨.

المسألة الثالثة: موانع الرجوع بسبب خيار الرؤية

يمتنع الحق في الرجوع بسبب خيار الرؤية للعاقدين، أو لأحدهما، بما يمتنع به حق الرجوع في خيار الشرط[(١)]، وخيار العيب[(٢)]، غير أن خيار الرؤية يختلف عنهما، بكونه لا يسقط بصريح الإسقاط.

قال الكاساني:" كل ما يبطل خيار الشرط، والعيب، يبطل خيار الرؤية "[(٣)].

وجه القول أن خيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط، لا قبل الرؤية، ولا بعدها:

" أما قبلها؛ فلأنه لا خيار قبل الرؤية؛ لأن أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية، فقبل الرؤية لا خيار، وإسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال، وأما بعد الرؤية، فلأن الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين؛ لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة، وإنما يثبت شرعاً لحكمة فيه، فكان ثابتاً حقاً تعالى، وأما خيار الشرط، والعيب، فثبت باشتراط العاقدين، أما خيار الشرط فظاهر، لأنه منصوص عليه في العقد، وأما خيار العيب؛ فلأن السلامة مشروطة في العقد دلالة، والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص، فكان ثابتاً حقاً للعبد، وما ثبت حقا للعبد يحتمل السقوط بإسقاطه مقصوداً؛ لأن الإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً استيفاء وإسقاطاً، فأما ما ثبت حقا تعالى، فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً، إلا أنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة، بأن يتصرف في حق نفسه مقصوداً، ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه، كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرؤية نصاً، أو دلالة، بمباشرة تصرف يدل على الرضا والإجازة؛ لأنه وإن أثبت حقاً للشرع، لكن الشرع أثبته نظراً للعبد حتى إذا رآه وصلح له أجازه، وإن لم يصلح له رده، فكان المشتري بالإجازة والرضا متصرفا في حق نفسه مقصوداً، ثم من ضرورة الإجازة لزوم العقد، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار، فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة، لا بالإسقاط مقصوداً "[(٤)].

---

(1) انظر موانع الرجوع بسبب خيار الشرط: ص٥٧ من هذه الرسالة وما بعدها.

(2) انظر موانع الرجوع بسبب خيار العيب: ص٦٦ من هذه الرسالة وما بعدها.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٧ وانظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٣٣ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٣٠.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٧ وانظر: السمرقندي، علاء الدين ت:(٥٣٩هـ). تحفة الفقهاء، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ/١٩٨٤م، ج٢، ص٨٩.

ومما تجدر الإشارة إليه أن سبب خيار الرؤية عدم رؤية محل العقد، وبالتالي تكون رؤية محل العقد والرضا به، مسقطة للخيار، مانعة من الرجوع بلا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥].

وجه ذلك: قياساً على البيع؛ لأن البيع يعتبر فيه الرضا منهما، فتعتبر الرؤية مظنة الرضا منهما[٦].

يتفرع عن ذلك مسألة، وهي هل يقوم وصف محل العقد مقام الرؤية، فيكون مسقطاً للخيار مانعاً من الرجوع، أم لا ؟

اختلاف الفقهاء في اعتبار وصف محل العقد مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع على قولين:

القول الأول: إقامة وصف محل العقد مقام الرؤية، فيكون وصف محل العقد مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع، بشرط استقصاء الأوصاف على الحد المعتبر في السلم، وهو قول الحنفية[٧]، والمالكية[٨]، وقول عند الشافعية[٩]، وظاهر المذهب عند الحنابلة[١٠]، وقول الظاهرية[١١]. **وجه ذلك:**

أولاً: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها، كأنه ينظر إليها "[١٢].

وجه الدلالة: دل الحديث بمفهومه على إقامة النعت، وهو: الوصف مقام الرؤية، والنظر.

ثانياً: قياساً على السلم، بجامع أنه بيع صح بالصفة[١٣].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٨ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٩٢.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٤ والحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٢٩٦.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٦٣.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٦ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٧.

(5) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٣٧.

(6) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٦ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٢٧.

(7) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٣٤ وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٦، ص٣٣٥ والسرخسي، المبسوط، ج١٣، ص٧٧ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٣٥.

(8) الحطاب،مواهب الجليل،ج٤، ص٢٩٦والدسوقي،حاشية الدسوقي،ج٣،ص٢٤وابن رشد،بداية المجتهد،ج٢، ص١١٧

(9) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٦٤ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٣٨.

(10) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٣ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٣ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٦ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٦ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٢٨.

(11) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٣٨.

(12) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها، ج٥، ص٢٠٠٧، حديث رقم:(٤٩٤٢).

(13) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٦.

القول الثاني: عدم اعتبار الوصف مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع، فلا بد من الرؤية، وهو القول الأظهر عند الشافعية [١]، ورواية عن الإمام أحمد[٢].

وجه ذلك:

أولاً: قوله- صلى الله عليه وسلم-:" يرحم الله موسى، ليس المعاين كالمخبر، أخبره الله أن قومه فتنوا بعده، فلم يلق الألواح، فلما رآهم وعاينهم ألقى الألواح "[٣].

وجه الدلالة: دل لحديث بمفهومه على التفريق بين المعاينة- أي الرؤية- والخبر- أي الوصف- فما يثبت بالمعاينة، لا يثبت بالوصف.

يجاب عنه: إن خياره بالرؤية لا يسقط بمجرد الوصف، فيبقى له خيار الرؤية إذا جاء محل العقد على خلاف ما وصف له[٤].

ثانياً: إن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع من كل وجه[٥].

يجاب عنه: إن معرفة المبيع تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً، وهذا يكفي، بدليل أنه يكفي في السلم، ولا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية[٦].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول الأول، القاضي بإقامة الوصف مقام الرؤية، فإذا جاء محل العقد وفق الوصف، كان مسقطاً للخيار، مانعاً من الرجوع؛ لسلامة ما استدلوا به من الردود والمناقشة؛ ولأن الوصف لا يلجأ إليه إلا عند تعذر الرؤية، فيجوز ضرورة كالسلم، وكذلك قياساً على إجازته للأعمى، حيث أقيم الوصف مقام الرؤية في حقه.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٦٣.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٦ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٦.

(3) أخرجه ابن حبان، أبو حاتم محمد بن أحمد التميمي البستي، ت:(٣٥٤هـ). صحيح ابن حبان، الطبعة الثانية، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، باب بدء الخلق، ذكر السبب الذي من أجله ألقى موسى الألواح، ج١٤، ص٩٦، حديث رقم:(٦٢١٣) وأخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: التفسير، تفسير سورة طه، ج٢، ص٤١٢، حديث رقم:(٣٤٣٥)، **لفظ الحديث:** للحاكم، **الحكم على الحديث:** قال الحاكم: " حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ". انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٢، ص٤١٢.

(4) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٦٤ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٦ وابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٣٨.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٦ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٦.

(6) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٦.

المطلب الثالث

أثر الرجوع في عقد البيع

الرجوع يقتضي العودة بالمتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فـإذا حـصل الرجـوع مستوفياً شرطه، منتفياً مانعه، ترتب عليه أثره، فيترتب على الرجوع عن عقد البيع الآثار الآتية:

أولاً: فسخ عقد البيع.

قال الأستاذ السنهوري:" فإذا رجع العاقد الذي لا يلزمه العقد، انفسخ العقد "[١]، رتب فسخ العقـد على الرجوع، ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا الأثر لا يختص بعقد البيع، بل ينسحب حكمه على بقيـة العقود.

ثانياً: التراد على العاقدين، ذلك برد المبيع إلى البائع، ورد الثمن إلى المشتري.

قال الأستاذ الزرقا:" إذا كان العقد من عقود المعاوضة المالية، كبيع، أو قسمة مثلاً، وتم تنفيذه، ثم انحل العقد، وجب التراد، فعلى البائع إعادة الثمن إلى المشتري، وعلى المشتري إعـادة المبيـع إلـى البائع، ومثاله في بقية العقود "[٢].

من ذلك يتبين أن هذا الأثر لا يختص بعقد البيع، بل ينسحب حكمه على بقية عقود المعاوضـات المالية، بجامع وجود البدل في كل منها.

---

(1) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، ص١٩٨.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٥٩٧.

المبحث الثاني

الرجوع في عقد الاستصناع[١]

تمهيد: صورة عقد الاستصناع، ومشروعيته:

أولاً: صورة عقد الاستصناع: أن يقول إنسان لصانع من خفاف، أو صفار، أو غيرهما، إعمل لي خفاً، أو أنية من أديم، أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل، وقـدره، وصـفته، فيقـول الصانع: نعم[٢].

---

(1) **الاستصناع لغة:**

مصدر استصنع الشيء، أي دعا إلى صنعه، والصنعة: حرفة الصانع وعمله. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مـادة: صنع، ج٨، ص٢٠٩ والرازي، مختار الصحاح، باب السين، ص١٥٥.

الاستصناع اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه:" عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل ". وقيل: الاستصناع:" عقد على مبيع في الذمة دون شرط قيد العمل فيه ". انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢.

* **الفرق بينهما وثمرة ذلك:** على القول أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة دون شرط قيد العمل فيه، أن الصانع لو أحضر عيناً كان قد عملها قبل العقد ورضي بها المستصنع جاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لمـا جـاز، لأن الشرط يقع على نفس عمل في المستقبل لا في الماضي، والصحيح أن الاستصناع بيع في الذمة شرط فيه العمـل، لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقـد علـى مبيع في الذمة يسمى سلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل، وأمـا إذا جاء الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي بها المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخـر، وهـو التعـاطي بتراضيهما. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢.

أما المالكية، والشافعية، والحنابلة: فقد ألحقوه بالسلم، فيؤخذ تعريفه من السلم:

السلم لغة: بالتحريك السلف، يقال أسلم في الشيء سلم وأسلف، بمعنى واحد، والاسم السلم، ويأتي بمعنى الترك، يقـال: كان راعي غنم ثم أسلم، أي تركها. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: سلم، ج١٢، ص٢٩٥.

عرفه المالكية بأنه: بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل ". انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص١٩٥.

عرفه الشافعية بأنه:" بيع شيء موصوف في الذمة ". انظر: الشربيني، مغني المحتـاج، ج٢، ص١٠٢ والغمـراوي، السراج الوهاج، ص٢٠٥.

عرفه الحنابلة بأنه:" عقد على موصوف في الذمة، مؤجل بثمن مقبوض في المجلس ". البهوتي، كشاف القنـاع، ج٣، ص٢٨٨.

عرف القانون المدني الأردني الاستصناع في المادة (٧٨٠) تحت مصطلح المقاولة بأنه:" عقد يتعهـد أحـد طرفيـه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢.

ثانياً: مشروعية عقد الاستصناع

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة في رواية[٤] إلى القول بجواز عقد الاستصناع من حيث المبدأ، لكن حصل الخلاف بينهم في تكييفه الفقهي، هل هو عقد مستقل كما قال الحنفية، أم هو نوع من أنواع السلم، فجاز قياساً على السلم كما قال جمهور الفقهاء.

ولعل السبب في هذا الخلاف أن الحنفية هم وحدهم الذين أفردوا الاستصناع في باب مستقل في كتبهم[٥]، في حين أدرج جمهور الفقهاء الاستصناع ضمن باب السلم، فاشترطوا له شروط السلم، وطبقوا عليه أحكامه. **قد يرد عليه:** إن من فقهاء الحنفية من أدرج الاستصناع ضمن باب السلم[٦].

يجاب عنه: إن بعض فقهاء الحنفية وإن أدرجوا الاستصناع ضمن باب السلم، إلا أنهم أعطوه كيفية خاصة به، مستقلة عن السلم.

ولكون الحنفية هم الذين أفردوا الاستصناع في باب مستقل، وعدوه عقداً مستقلاً خلافاً للجمهور الذين عدوه قسماً من أقسام السلم، سيكون محور الكلام في حكم الرجوع عن عقد الاستصناع منصباً على مذهبهم.

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٨ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢، خالف من الحنفية في جواز عقد الاستصناع زفر، **وجه ذلك**: إن القياس يأباه؛ لأنه من قبيل بيع المعدوم. انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٨٥ وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص١١٤.

(2) جاء في المدونة، في باب السلم تحت عنوان السلف في الصناعات ما نصه:" قلت: ما قول مالك في رجل استصنع طستاً، أو توراً، أو قمعاً، أو قلنسوة، أو خفين، أو استنحت سراجاً، أو قارورة، أو قدحاً، أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم، أو أمتعتهم التي يستعملونها في أسواقهم عند الصناع، فاستعمل في ذلك شيئاً موصوفاً، وضرب لذلك أجلاً بعيداً، أيكون هذا سلفاً ؟ أو تفسده؛ لأنه ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً، أم لا يكون سلفاً ويكون بيعاً من البيوع ؟ في قول مالك جائز، وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفا ". انظر: الإمام مالك، المدونة، ج٩، ص١٨، ١٩.

(3) وجاء في الأم، باب السلف والمراد به (السلم) تحت عنوان: من أسلف في الشيء المصلح لغيره ما نصه:" قال ولا بأس أن يسلفه في طست، أو تور من نحاس أحمر، أو أبيض، أو شبة رصاص، أو حديد، ويشترط بسعة معروفة، ومضروباً، أو مفرغاً، وبصنعة معروفة، ويصفه بالثخانة، أو الرقة، ويضرب له أجلاً، كما في الثياب، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه ولم يكن له رده ". انظر: الإمام الشافعي، الأم، ج٣، ص١٣١.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٥ وابن مفلح، الفروع، ج ٤، ص١٨ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٩٤. **الرواية الثانية عند الحنابلة نصت**: على عدم جواز عقد الاستصناع، جاء في كتبهم ما نصه:" لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم،وهي منسوبة إلى القاضي وأصحابه ".انظر:المراجع السابقة، نفس المواطن.

(5) **ممن أفرد الاستصناع في باب مستقل من فقهاء الحنفية:** الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٣.

(6) **ممن أدرج الاستصناع ضمن باب السلم وتحديداً في آخر باب السلم من فقهاء الحنفية:** ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٨٦ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٢٤ وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص١١٤.

أما مشروعية عقد الاستصناع، فقد ثبتت بالسنة، والإجماع، والقياس، والمعقول:

من السنة النبوية الشريفة:

ما رواه ابن عمر- رضي ا عنهما-:" أن النبي- صلى ا عليه وسلم- اصطنع خاتماً من ذهب وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتم من ذهب، فرقى المنبر، فحمـد ا وأثنـى عليه، فقال: إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه، فنبذه، فنبذ الناس "[١].

وجه الدلالة:

إن النبي- صلى ا عليه وسلم- اصطنع خاتماً، واستصناعه -عليه الصلاة والسلام- للخـاتم لا يكون إلا بطلبه - صلى ا عليه وسلم- من الصانع أن يصنع له خاتماً، فيثبت جواز الاستصناع بفعله - صلى ا عليه وسلم- حيث إن أدنى ما يثبت بفعله- صلى ا عليه وسلم- الجواز.

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز الاستصناع، قال الكاساني:" يجوز استحساناً؛ لإجماع الناس على ذلك في سائر الأعصار من غير نكير"[٢].

القياس:

قياساً على السلم، بجامع أن كلاً منهما أجيز للحاجة الداعية إليه، والأصل فـي الـسلم أنّـه بيـع للمعدوم، فكذلك الاستصناع.

المعقول:

الحاجة الداعية إليه[٣]، فالعقل يحكم بجوازه؛ لما للاستصناع من دور كبير في تنشيط الـصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي "[٤].

---

(1) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب: من جعل فص الخاتم في بطن كفه، ج٥، ص٢٢٠٥، حديث رقم:(٥٥٣٨) وأخرجه في كتاب: الأيمان والنذور، باب: من حلف على الشيء وإن لم يحلـف، ج٦، ص٢٤٥٠، حديث رقم:(٦٢٧٥) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم خـاتم الـذهب على الرجال، ج٣، ص١٦٥٥، حديث رقم:(٢٠٩١)، **لفظ الحديث:** للبخاري.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢، ٣ وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٢٣.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٨٦ وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص١١٧.

(4) مجمع الفقه الإسلامي، جدة، المملكة العربية السعودية، الدورة السابعة، الفترة الممتـدة مـن (٧- ١٢) ذو القعـدة ١٤١٢هـ- الموافق(٩-١٤) مايو١٩٩٢م، قرار رقم ٦٧/٣/٧ بشأن عقد الاستصناع.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الاستصناع في مرحلة ما بعد التعاقد وقبل العمل

اتفق فقهاء الحنفية على عدم لزوم عقد الاستصناع في هذه المرحلة لكلا العاقدين.

قال الكاساني:" وأما صفة الاستصناع، فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بـلا خلاف "[1].

وعليه يكون لكلا العاقدين الرجوع عن عقد الاستصناع في مرحلة ما بعد التعاقـد وقبـل العمـل بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر.

وجه ذلك:

إن الاستصناع ثبت استحساناً؛ لحاجة الناس على خلاف القياس، وحاجتهم قبل الصنع، أو بعده قبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم، فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس[2].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٣ وانظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٢٤ والسمرقندي، تحفـة الفقهاء، ج٢، ص٣٦٣.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٣ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٢٤ وابن نجيم، البحر الرائـق، ج٦، ص١٨٦.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد الاستصناع في مرحلة ما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع

حكمه كسابقه، يكون العقد غير لازم لكلا العاقدين.

قال الكاساني:" وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع، فكذلك - أي غير لازم- حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء "(١).

وعليه يكون لكلا العاقدين الرجوع عن عقد الاستصناع في مرحلة ما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع، بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر.

وجه ذلك:

أولاً: إن العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة، فلو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز(٢).

ثانياً: قياساً على البائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم(٣).

يجاب عنه بأمرين:

الأول: إنه قياس مع الفارق؛ لاختلاف عقد الاستصناع عن عقد البيع، على اعتبار أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، وعقد البيع يخلو من مثل هذا الشرط، فافترقا.

الثاني: إن هذا القياس لا يستقيم مع أصل قولهم القاضي بلزوم عقد البيع بمجرد صدور القبول موافقاً للإيجاب(٤).

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٣ وانظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٣٦٣.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٣.

(3) المرجع السابق، ج٥، ص٣.

(4) انظر قول الحنفية القاضي بلزوم عقد البيع بمجرد صدور القبول موافقاً للإيجاب: ص٣٢ من هذه الرسالة.

المطلب الثالث

حكم الرجوع في عقد الاستصناع في مرحلة ما بعد رؤية المستصنع- أي إذا أحضر الصانع العين المستصنعة على الصفة المشروطة

اختلف فقهاء الحنفية في لزوم عقد الاستصناع وجواز الرجوع عنه في هذه المرحلة علـى ثلاثـة أقوال:

القول الأول: لازم في حق الصانع، غير لازم للمستصنع، بحيث يثبت له خيار الرؤيـة، إن شـاء أخذه وإن شاء تركه، وعليه يكون للمستصنع دون الصانع الرجوع عن عقـد الاستـصناع فـي هـذه المرحلة، وبه قال الإمام أبو حنيفة، وصاحباه، وهو جواب ظاهر الرواية في المذهب[١].

وجه ذلك:

أولاً: إن الصانع بائع ما لم يره، فلا خيار له، وأما المستصنع فمشتري ما لـم يـره، فكـان لـه الخيار[٢]، وكأنهم يريدون الاستدلال بما روي عنه صلى الله عليه وسلم، أنه قال:" من اشترى شيئاً لـم يره، فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه "[٣].

يجاب عنه بأمرين:

الأول: إنه حديث مرسل، قال الدارقطني[٤]، والبيهقي[٥]:"مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف ".

الثاني: لو صح، فهو خارج عن محل الخلاف، فيحمل قولهم على ما إذا كان الـشيء المـصنوع على غير الصفة المشروطة، أما إذا جاء الشيء المصنوع على الصفة المشروطة، فليس لـه خيـار، ويلزم العقد في حقه، كلزومه في حق الصانع.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٢٤ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٢٤ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٨٦ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٣، ٤ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٣٦٣.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٢٤وابن نجيم، البحر الرائق،ج٦، ص١٨٦والكاساني،بدائع الصنائع،ج٥، ص٤.

(3) أخرجه الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر البغدادي، ت:(٣٨٥هـ). سنن الدارقطني، تحقيق: السيد عبدا هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦، كتاب: البيوع، ج٣، ص٤، حديث رقم:(٨) وأخرجـه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: البيوع، باب: من قـال يجـوز بيـع العـين الغائبـة، ج٥، ص٢٦٨، حـديث رقم:(١٠٢٠٥) وأخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: البيوع، والأقضية، باب: في الرجل يـشتري ولا ينظر إليه، ج٤، ص٢٦٨، حديث رقم:(١٩٩٧١)، **لفظ الحديث:** متفق عليه، **الحكم على الحـديث:** قـال الـداراقطني: " مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف ". انظر: الدارقطني، سنن الدارقطني، ج٣، ص٤، وكذلك قال: البيهقي، انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٥، ص٢٦٨.

(4) الدارقطني، سنن الدارقطني، ج٣، ص٤.

(5) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٥، ص٢٦٨.

ثانياً: إن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار، فالصانع بالإحضار أسقط حق نفسه، فبقي خيار صاحبه على حاله، كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين، إذا أسقط أحدهما خياره، فإنه يبقى خيار الآخر[١].

يجاب عنه:

إنه قياس مع الفارق، فالصانع ما أفسد متاعه وجاء به إلا لما وجد من اتفاق مسبق بين الصانع والمستصنع، وليس كذلك البيع، فافترقا.

القول الثاني: يكون الخيار في هذه المرحلة لكلا العاقدين، وعليه يكون لكلا العاقدين الرجوع عن عقد الاستصناع في هذه المرحلة، وهو رواية عن الإمام أبي حنيفة[٢].

وجه ذلك:

إن في تخيير كل واحد منهما دفعاً للضرر عنه[٣].

يجاب عنه:

إن في تخيير كل واحد منهما دفعاً للضرر عن نفسه، إيقاعاً للضرر بغيره؛ لأن الصانع قد أفسد متاعه، وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الرجوع عن العقد بالامتناع من أخذه؛ لكان فيه ضرر بالصانع، وكذلك المستصنع أضاع وقته في انتظار أن ينهي له الصانع ما سبق الاتفاق عليه، فلو كان للصانع الرجوع عن العقد؛ لحصل برجوعه إضرار بالمستصنع، ونحن مأمورون برفع الضرر قولاً واحداً، إعمالاً لقوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا ضرر ولا ضرار"[٤].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق،ج٤،ص١٢٤وابن نجيم، البحرالرائق،ج٦، ص١٨٦ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٤.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٢٤ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٢٢٤ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٨٦ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٤.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٨٦ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٤.

(4) أخرجه الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب: سيدنا عمر- رضي ا عنه- إلى أبي موسى الأشعري، باب: المرأة تقتل إذا ارتدت، ج٤، ص٢٢٨، حديث رقم:(٨٥) وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، ج٦، ص٦٩، حديث رقم:(١١١٦٦) وأخرجه الحاكم عن أبي سعيد الخدري- رضي ا عنه- أن رسول ا - صلى ا عليه وسلم- قال:" لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره ا ، ومن شاق، شاق ا عليه ". انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: البيوع، ج٢، ص٦٦، حديث رقم:(١٣٤٥)، **لفظ الحديث**: موطن الإستدلال متفق عليه، **الحكم على الحديث**: قال الحاكم:" هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ". انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٢، ص٦٦.

القول الثالث: يكون العقد في هذه المرحلة لازماً لكلا العاقدين، فلا يثبت لأي منهما خيار الرؤية إذا جاء الصانع بالمصنوع وفق المواصفات المطلوبة، وعليه فليس لأحد العاقدين الرجوع عن عقد الاستصناع إذا جاء الصانع بالمصنوع وفق المواصفات المطلوبة، وهو رواية عن أبي يوسف خلافاً لجواب ظاهر الرواية[(١)].

وجه ذلك:

إن الصانع قد أفسد متاعه، وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الإمتناع من أخذه لكان فيه ضرر بالصانع[(٢)].

وكذلك المستصنع أضاع وقته في انتظار أن ينهي له الصانع ما سبق الاتفاق عليه، فلو كان للصانع الرجوع عن العقد لحصل برجوعه إضرار بالمستصنع، وهذا يتنافى والمقصد الذي شرع من أجله الاستصناع، إذ أجيز على خلاف القياس للحاجة.

مما تجدر الإشارة إليه أن قول أبي يوسف المخالف لجواب ظاهر الرواية، القاضي بلزوم عقد الاستصناع، وعدم جواز الرجوع عنه إذا جاء الصانع بالعين المصنوعة وفق المواصفات المطلوبة، يتفق وقول جمهور الفقهاء القائلين بجواز عقد الاستصناع من حيث المبدأ، وهم المالكية[(٣)]، والشافعية[(٤)]، والحنابلة[(٥)]، في لزوم الشيء المسلم فيه، وعدم جواز الرجوع عنه إذا جاء الشيء المسلم فيه على الصفة المشروطة.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٢٤والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٤ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٣٦٣.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٢٤ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٤.

(3) **قال الإمام مالك**:" هو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفا ". انظر: الإمام مالك، المدونة، ج٩، ص١٩.

(4) **قال الإمام الشافعي**:" إذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة، والشرط، لزمه ولم يكن له رده ". انظر: الإمام الشافعي، الأم، ج٣، ص١٣١.

(5) **قال المرداوي**:" إذا جاءه بدون ما وصفه له، أو نوع آخر، فله أخذه إذا جاءه بدون ما وصف من نوعه، فلا خلاف أنه مخير في أخذه، وإن جاءه بنوع آخر، فالصحيح من المذهب أنه مخير أيضاً في أخذه وعدمه ". انظر: المرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٩٤.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان ما اتفـق عليـه فقهاء الحنفية من عدم لزوم عقد الاستصناع، وجواز الرجوع عنه في مرحلة ما بعـد التعاقـد وقبـل العمل؛ لأن الرجوع في هذه المرحلة لا يترتب عليه أي ضرر على أي من العاقدين.

ونخالفهم القول بعدم لزوم عقد الاستصناع، وجواز الرجوع عنه في مرحلة ما بعد الفـراغ مـن العمل قبل أن يراه المستصنع؛ لما فيه من الضرر الذي قد يلحـق كـلاً مـن العاقـدين (الـصانع، والمستصنع) فمن جهة المستصنع، فقد أضاع عليه الصانع الوقت في انتظاره إياه لأن ينهي لـه مـا سبق أن اتفقا عليه، ومن جهة عدم لزومه بالنسبة للمستصنع، فعدم قبول المستصنع بالعين المـصنوعة يترتب عليه إلحاق الضرر بالصانع، إذ قد لا يجد من يأخذ منه ما صنع بمواصـفات خاصـة تتفـق وحاجة المستصنع دون غيره بنفس الثمن المتفق عليه؛ لإحتمال عدم وجود من يرغب بنفس الـصفات التي كان قد طلبها المستصنع.

في حين يرى الباحث رجحان قول أبي يوسف المخالف لجواب ظاهر الرواية، الذي يتفق وقـول جمهور الفقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، القائلين بجواز عقد الاستصناع من حيث المبدأ، القاضي بلزوم عقد السلم لكلا العاقدين، وعدم جواز الرجوع عنه، إذا جاء الشيء المسلم فيـه علـى الـصفة المشروطة؛ لاتفاقه مع مبدأ القوة الملزمة للعقود في الشريعة الإسلامية، ولتوافقه مع طبيعـة العـصر الحاضر، إذ إن الصناعات لم تعد كما كانت عليه في الماضي، فعندما نتكلم عن الاستصناع نتكلم عـن صناعات كبيرة، وضخمة، لا يتصور أن يكون عقد الاستصناع فيها عقداً غير لازم.

من هنا يرى الباحث أن ما يناسب وقتنا الحاضر، ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المـادة (٣٩٢) وهي في الفقه الحنفي:" إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقـدين الرجـوع، وإذا لـم يكـن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً "[1].

مع إضافة قيد عليها يمنع لزوم عقد الاستصناع في مرحلة ما بعد التعاقد، وقبل العمل، موافقين في ذلك اتفاق فقهاء الحنفية.

فنص هذه المادة يقضي بلزوم عقد الاستصناع من لحظة انعقاده، وهذا ما لم يقل به أحد من فقهاء الحنفية، وإنما هي أقرب ما تكون من قول أبي يوسف المخالف لجواب ظاهر الرواية، القاضي بلـزوم عقد الاستصناع لكلا العاقدين، وعدم جواز الرجوع عنه، إذا جاء الصانع بـالعين المـصنوعة وفـق المواصفات المطلوبة.

---

(1) مجلة الأحكام العدلية، ص٧٦.

المطلب الرابع

موانع الرجوع في عقد الاستصناع

من تتبع أراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الاستصناع، يتبين ما يمكن اعتبـاره مانعـاً مـن الرجوع عن هذا العقد:

أولاً: وفق جواب ظاهر الرواية في المذهب الحنفـي، إذا أحـضر الـصانع الـشيء المـصنوع للمستصنع، كان مانعاً من الرجوع بالنسبة للصانع دون المستصنع[١].

ثانياً: عند أبي يوسف في رواية[٢]، إذا أحضر الصانع الشيء المصنوع وكان وفـق المواصـفات المطلوبة، كان مانعاً من الرجوع لكلا لعاقدين (الصانع، والمستصنع).

ثالثاً: مجرد انعقاد عقد الاستصناع، يعَد مانعاً من الرجوع وفق ما نصت عليـه مجلـة الأحكـام العدلية في المادة (٣٩٢)[٣].

---

(1) انظر: ص٧٩ من هذه الرسالة.

(2) انظر قول أبي يوسف المخالف لجواب ظاهر الرواية: ص٨١ من هذه الرسالة.

(3) انظر نص المادة:(٣٩٢) من مجلة الأحكام العدلية: ص٧٦ وانظر: ص٨٢ من هذه الرسالة حيث سبق الإشارة إلى نص المادة المذكور.

المبحث الثالث

الرجوع في عقد الإجارة[1]

تمهيد: مشروعية الإجارة: ثبتت مشروعية الإجارة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

أولاً: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2].

ثانياً: قوله تعالى حاكياً قول إحدى ابنتي شعيب عليه السلام: **﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ، قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾**[3].

---

(1) **الإجارة لغةً:** مأخوذة من أجر يأجر، وهو ما أعطيت من أجر في عمل، والأجر: الجزاء على العمل، والجمع: أجور. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: أجر، ج٤، ص١٠.

الإجارة اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها:" عقد على المنافع بعوض ". انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٣١ وقيل:" تمليك المنافع بعوض ". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠١.

عرفها المالكية بأنها:" تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض ". انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٢ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٨٩.

وهم – أي المالكية - يستعملونها والكراء بمعنى واحد، غير أنهم أسموا العقد على منافع الآدمي وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع ما لا ينقل، كالأرض، والدور، وما ينقل من سفن، وحيوان كالرواحل كراء في الغالب. انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٢، **وبمعنى أدق:** يستعمل الكراء فيما لا يعقل، والإجارة فيمن يعقل. انظر: أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، ج٢، ص٢٥٢، **وينهي الدسوقي الخلاف في هذه المسألة بقوله:**" الإجارة والكراء شيء واحد، وإن التفرقة بينهما مجرد اصطلاح ". انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٦١.

عرفها الشافعية بأنها:" عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٣٢ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٩٤.

عرفها الحنابلة بأنها:" عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٤٦، **وقيل:**"عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة مدة معلومة، أو عمل معلوم بعوض معلوم". انظر: البهوتي، الروض المربع، ج٢، ص٩٤ والمرداوي، الإنصاف، ج٦، ص٣ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٦٢.

وقيل:" بيع المنافع؛ لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه ". انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٥٠.

عرفها الظاهرية بأنها:" الانتفاع بمنافع الشيء المؤجر الذي لم يخلق بعد ". انظر: ابن حزم، المحلى، ج٨، ص١٨٣.

عرفها القانون المدني الأردني في المادة(٦٥٨) بأنها:" تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم ".

(2) سورة الطلاق، الآية:٦.

(3) سورة القصص، الآيتان:٢٦، ٢٧.

ثالثاً: قوله تعالى: فَوجدا فِيها جِدارا يريد أَن ينقَض فَأقامه قَالَ لَو شِئْتَ لَاتخَذْتَ عليهِ أَجرا [1].

وجه الدلالة من الآيات السالفة الذكر:

كل واحدة من الآيات السالفة الذكر، فيها دلالة واضحة صريحة على مشروعية عقد الإجارة.

من السنة النبوية الشريفة:

وردت أحاديث صحيحة كثيرة تدل بمنطوقها على مشروعية الإجارة، منها:

أولاً: ما روته السيدة عائشة - رضي ا عنها- قالت:" استأجر رسول ا - صلى ا عليه وسلم- وأبو بكر- رضي ا عنه- رجلاً* من بني الديل* هادياً خريتاً*، وهو على دين كفار قـريش، فـدفعا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاث "[2].

ثانيـاً: ما رواه أبو هريرة - رضي ا عنه- عن النبي- صلى ا عليه وسلم- قـال:" قـال ا - تعالى-: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره "[3].

ثالثاً: ما أخرجه الإمام مسلم من أن النبي- صلى ا عليه وسلم-:" نهى عن المزارعـة، وأمـر بالمؤاجرة، وقال لا بأس فيها "[4].

وجه الدلالة من الأحاديث السالفة الذكر:

جميعها أحاديث صحيحة لثبوتها في كتب الحديث المعتبرة، وهي دالة بمنطوقها على مـشروعية عقد الإجارة.

---

(1) سورة الكهف، الآية:٧٧.

* **الرجل يدعى:** عبدا بن الأريقط. انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٣٢ والبهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٨

* **الديل:** بكسر أوله على لفظ أسم البطن الذي في عبد القيس، موضع في بلاد فزارة. انظر: الأندلسي، أبو عبيد عبدا بن عبدالعزيز البكري الأندلسي، ت:٤٨٧هـ. معجم ما استعجم، الطبعة الثالثة، تحقيق: مصطفى السقا، عـالم الكتـب، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ، ج٢، ص٦٠٧.

* **الخريت:** الدليل الحاذق الماهر بالدلالة. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: خرت، ج٢، ص٣٠.

(2) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الإجارة، باب: استئجار المشركين عنـد الـضرورة، ج٢، ص٧٩٠، حديث رقم:(٢١٤٤) وأخرجه أيضاً من نفس كتاب الإجارة، باب: إذا استأجر أجير ليعمل له بعد ثلاثـة أيـام، أو بعـد شهر، أو بعد سنة، ج٢، ص٧٩٠، حديث رقم:(٢١٤٥).

(3) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الإجارة، باب: إثم من منـع أجـر الأجيـر، ج٢، ص٧٩٢، حـديث رقم:(٢١٥٠) وأخرجه في كتاب: البيوع، باب: من باع حراً، ج٢، ص٧٧٦، حديث رقم:(٢١١٤).

(4) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: المزارعة والمؤاجرة، ج٣، ص١١٨٤، حديث رقم:(١٥٤٩).

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز الإجارة، قال ابن قدامة:" أجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، إلا ما يحكى عن عبدالرحمن بن الأصم، أنه قال: لا يجوز ذلك؛ لأنه غرر يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق "[١]، ومنعها غير ابن الأصم ابن علية[٢].

يجاب عن مخالفة ابن الأصم، وابن علية للإجماع على جواز الإجارة، بقولهم: إن الإجارة عقد على منافع لم تخلق، بثلاثة أمور:

أولاً: إنها وإن كانت معدومة- أي المنفعة- في حال العقد، فهي مستوفاة في الغالب، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء[٣].

ثانياً: قياساً على السلم، بجامع أن الحاجة داعية إلى الإجارة، والعقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها؛ لأنها تتلف مع مضي الساعات، ولذا لا بد من العقد عليها قبل وجودها[٤].

ثالثاً: إن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم، حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الـصحابة - رضي ا عنهم- إلى يومنا هذا من غير نكير، فلا يعبأ بخلافه، إذ هو خلاف الإجماع[٥].

المعقول:

الحاجة داعية إليها، قال ابن قدامة**:**" حاجة الناس إلى الإجارة، فإنه ليس لكل أحد دار يملكهـا، ولا يقدر كل مسافر على بعير، أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك، ولا يجد متطوعاً به، فلا بد من الإجـارة لذلك "[٦].

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٥٠ وانظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٦٦.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٦٦.

(3) المرجع السابق، ج٢، ص١٦٦.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٥٠.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص١٧٤ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٥٠.

(6) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٥٠ وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص١٧٤ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٣.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الإجارة قبل التفرق

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الإجارة قبل التفرق، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في ثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة، فمن قال بثبوته أجاز الرجوع، ومن قال بعدم ثبوته لم يجز الرجوع، وعليه لا بد من بحث اختلاف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة للوقوف على حكم المسألة؛ ولإيضاح ذلك نقول: اختلف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة على قولين:

القول الأول: قول الحنفية، وجمهور المالكية الذين لا يجيزون خيار المجلس، كما ذكرنا ذلك في البيع[١].

القول الثاني: قول الشافعية، والحنابلة الذين قالوا بثبوت خيار المجلس في عقد البيع[٢]، على تفصيل في قول الشافعية في ثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة، حيث يمكن إيضاح ذلك على النحو الآتي:

أولاً: الحنابلة: قالوا بثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة، وعليه يكون لكلا العاقدين الرجوع عن عقد الإجارة قبل التفرق من المجلس[٣].

وجه ذلك:

إن الإجارة نوع من البيع[٤]، ومقتضاه أن الإجارة شراء للمنافع، فيثبت فيها خيار المجلس كما يثبت في البيع.

---

(1) انظر قول الحنفية، وجمهورالمالكية، القاضي بعدم ثبوت خيار المجلس في عقد البيع: ص٣٢ من هذه الرسالة.

(2) انظر قول الشافعية، والحنابلة، القاضي بثبوت خيار المجلس في عقد البيع: ص٣٨ من هذه الرسالة.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٩ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٤ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٤.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٩.

ثانياً: الشافعية، اختلف فقهاء الشافعية فيما بينهم في ثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم ثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة، وعليه لا يصح الرجوع عنه، ويلزم العقد بمجرد صدور القبول موافقاً للإيجاب، وهو قول جمهور فقهاء الشافعية*، والأصح في المذهب[(١)]، يوافقون في ذلك قول الحنفية، وجمهور المالكية.

وجه ذلك:

أولاً: إنه عقد على غرر، فلا يضاف إليه غرر الخيار[(٢)]، أي أن المنافع التي تنعقد عليها الإجارة منافع معدومة، فتكون من عقود الغرر، والخيار غرر، فلا يجوز أن يجتمعا.

يجاب عنه:

إن السلم عقد من عقود الغرر؛ لأنه عقد على منتظر، ويثبت فيه خيار المجلس، فكذلك الإجارة [(٣)].

ثانياً: إنها لا تسمى بيعاً، والخبر إنما ورد في البيع[(٤)].

يجاب عنه:

إنها وإن لم تكن بيعاً، إلا أنها تشترك معه في كونها عقداً من عقود المعاوضات، وإن الأصل فيها اللزوم، كالبيع؛ ولأن الإجارة لا تخرج عن كونها شراء للمنافع، فتناولها الحديث.

ثالثاً: إن المنفعة في الإجارة تفوت بمضي الزمن، فألزمنا العقد لئلا يتلف جزء من المعقود عليه إلا في مقابلة العوض[(٥)].

يجاب عنه:

قياساً على العين المعينة في البيع، فكما يثبت الخيار في العين المعينة في البيع، فكذلك يثبت في المنفعة المعينة في الإجارة[(٦)].

---

* **من قال من فقهاء الشافعية بعدم ثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة:** أبو علي بن خيران، وأبو إسحاق المروزي. انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٥، ٤٣٦ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٩.

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٠٠ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٩ والنووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٥.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٠٠ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٩.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٠٠.

(4) البكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٢٧.

(5) المرجع السابق، ج٣، ص٢٧.

(6) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٠٠.

القول الثاني: ثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة، وعليه يصح الرجوع لكلا العاقـدين مـا دام المجلس قائماً، وهو قول بعض فقهاء الشافعية*[1]**،** يوافقون في ذلك قول الحنابلة**.**

وجه ذلك: أولاً: قياساً على البيع؛ لأن المنفعة المعينة في الإجارة كالعين المعينة في البيع، ثم العين المعينة يثبت فيها الخيار، فكذلك المنفعة[٢].

ثانياً: إنه عقد على منتظر، فيثبت فيه خيار المجلس كالسلم[٣].

ثالثاً: قالوا: يثبت فيها- أي الإجارة – الخيار؛ لأنها معاوضة[٤].

القول الثالث: التفريق بين الإجارة الواردة على الذمة*، والإجارة الواردة على العين*.

فقالوا:" الخلاف في إجارة العين، أما الإجارة على الذمة، فيثبت فيها قطعاً كالسلم، وهو قول القفال وطائفة "[5]، ومقتضاه أنه لا خلاف في ثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة الواردة على الذمة، فخيار المجلس ثابت فيها قطعاً كالسلم، وإنما الخلاف في الإجارة الواردة على العين، وعليه يصح الرجـوع عن عقد الإجارة الواردة على الذمة، ولا يصح ذلك في الإجارة الواردة على العين.

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحـان القول بثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة، والذي يبنى عليه أن يكون لكلا العاقدين حق الرجوع عن العقد ما دام المجلس قائماً؛ لأن الإجارة نوع من البيع، تشترك معه من حيث كونها عقداً مـن عقـود المعاوضات؛ ولكون اللزوم أصلاً فيها، فثبت فيها خيار المجلس؛ ولأن الخيار ما شرع في أصـله إلا للتروي، فكما يحتاج البيع إلى التروي، فكذا الإجارة؛ لأنها قد تقع بغتة من غير سابقة تأمل.

---

* **من قال من فقهاء الشافعية بثبوت خيار المجلس في عقد الإجارة:** الـشيرازي، وشـيخه أبـو القاسـم الكرخـي، والاصطخري، وابن القاص، وقول عند إمام الحرمين على الصحيح، والبغوي. انظر: النووي، روضة الطـالبين، ج٣، ص٤٣٥ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٩.

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٠٠ والنـووي، روضـة الطـالبين، ج٣، ص٤٣٥ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٩.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٠٠.

(3) المرجع السابق، ج١، ص٤٠٠.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤.

* **الإجارة الواردة على الذمة:**" هي الإجارة الواردة على عمل كاستئجار دابة موصوفة لحمل مثلاً ". انظر: الـشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٣٣.

* **الإجارة الواردة على الأعيان:**" هي الإجارة الواردة على منفعة مرتبطة بعين، كإجارة عقـار، أو دابـة، أو شـخص معينين ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٣٣.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والنووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٣٥ والمطيعي، تكملـة المجمـوع، ج٩، ص١٦٩.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد الإجارة بعد التفرق

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد الإجارة بسبب طبيعة العقد

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الإجارة بعد التفرق، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في صفة عقد الإجارة، فمن قال بلزومه لم يجز الرجوع، ومن قال بعدم لزومه أجاز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في لزوم عقد الإجارة على قولين:

القول الأول: الإجارة عقد لازم، ليس لأحد العاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، إلا عن طريق الخيارات، وهو قول فقهاء المذاهب الأربعة، الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

وجه ذلك: استدلوا بالكتاب، والقياس، والمعقول:

أولاً: من القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾[٥].

وجه الدلالة: إن الفسخ والرجوع عن العقد ليس من الإيفاء به[٦].

ثانياً: القياس، قياساً على البيع[٧]، بجامع أنهما عقد معاوضة، والأصل في عقود المعاوضات اللزوم.

قال الكاساني**:**" إنها تمليك المنفعة بعوض فأشبهت البيع "[٨]، وقال البهوتي:" إنها - أي الإجارة - عقد معاوضة، كالبيع "**[٩]**.

ثالثاً: المعقول، قالوا:" الإجارة عقد معاوضة، واللزوم أصل في المعاوضات؛ ولأن في المعاوضات يجب النظر من الجانبين، ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم "[١٠].

---

(1)الكاساني،بدائع الصنائع،ج٤،ص٢٠١وابن نجيم، البحر الرائق،ج٨، ص٣وابن عابدين،حاشية ابن عابدين،ج٦،ص١٥

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٣ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٨٩، ٤٠٨ وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٧٣.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٣٢٧ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٢٦٦.

(4) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٦٣ والروض المربع، ج٢، ص٣١٧والمرداوي،الإنصاف،ج٦، ص٥٨

(5) سورة المائدة، الآية:١.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠١.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠١ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٨٩ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٦٣.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠١.

(9) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٦٣.

(10) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص٧٩.

القول الثاني: الإجارة عقد جائز غير لازم، لكل من العاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفـردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، وهو قول القاضي شريح [١].

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على الإعارة[٢]، بجامع أنه عقد على منفعة.

يجاب عنه:

إنه قياس مع الفارق؛ لأن الإجارة عقد معاوضة، وإباحة المنفعة فيه بعوض، أما الإعـارة، فهـو عقد إرفاق، وإباحة المنفعة فيه بغير عوض، فافترقا.

ثانياً: إنها - أي الإجارة - أجيزت للحاجة، ولا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم لها[٣].

يجاب عنه:

كونه أجيز للحاجة لا يدل على عدم لزومه، بدليل أن السلم أجيز للحاجة، ويلزم إذا وقع[٤].

الرأي المختار:

من النظر في أراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قـول جمهـور الفقهاء بكون عقد الإجارة عقداً لازماً، ليس لأحد العاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، إلا عن طريق الخيارات؛ للأسباب الآتية:

أولاً: إن الإجارة عقد معاوضة، واللزوم أصل فيها.

ثانياً: إن عقود المعاوضات لا تتحقق مقاصدها دون صفة اللزوم.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٤٥ والسرخسي، المبسوط، ج١٥، ص٧٩، وانظر: نفس المرجع، ج١٦، ص٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠١.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٤٥ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠١.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٤٥، ١٤٦ والسرخسي، المبسوط، ج١٥، ص٧٩.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٤٦.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد الإجارة بسبب الخيار

سبق وبينا أن فقهاء المذاهب الأربعة ذهبوا إلى لزوم عقد الإجارة بعد التفرق، وعليه إذا وقع عقد الإجارة صحيحاً، مستوفياً أركانه وشروطه، أصبح لازماً للعاقدين، ليس لأحدهما الرجوع عنه بإرادته المنفردة، إلا عن طريق الخيارات، هذا يستلزم منا الوقوف على الخيارات التي تثبت في عقد الإجارة.

قال الكاساني:" الإجارة عقد لازم، إذا وقعت صحيحة عارية عن خيار الشرط، والعيب، والرؤية، عند عام العلماء "[١]

من ذلك يتبين أنه يثبت في عقد الإجارة: خيار الشرط[٢]، والعيب[٣]، والرؤية[٤].

من هنا نقول: إذا وجد أحد هذه الخيارات، وتوفرت شروطه، وانتفت موانعه، كان لمن لـه حـق الخيار الرجوع عن عقد الإجارة بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص٢٠١.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠١ وأبو زهرة، الملكية ونظرية العقـد، ص٤٣٥ والشلبي، محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، عدد الأجزاء:(١)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٣٨٨هـ-/١٩٦٩م، ص٦٠٢ وشبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص٢٧٣. وجاء في المادة (٤٩٧) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه:" يجري خيار الشرط في الإجارة كما جرى في البيع ". انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص٩٤.

إلا أن الحنابلـة يفرقون في ثبوت خيار الشرط بين الإجارة الواردة على الذمة، كالتعاقد على أداء عمل معين، وبـين الإجارة التي ترد على منفعة العين، فيجيزون خيار الشرط في الإجارة الواردة على الذمة؛ لأن الإجارة نوع من البيـع، ويمنعونه في الإجارة التي ترد على منفعة العين؛ لأنه يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها، أو إلى اسـتيفائها في مدة الخيار. انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٣ والروض المربع، ج٢، ص٧٣ والمرداوي، الإنـصاف، ج٤، ص٣٧٥ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٤، **وقال القاضي من الحنابلة:** بثبوت خيار الشرط في الإجارة التي ترد على منفعة العين أيضاً. انظر: ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٤ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٧٤.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠١ والشلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص٦١١ وشبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص٢٨٦ وسراج، نظرية العقد فـي الفقـه الإسـلامي، ص١٧٤ وجاء في المادة (٥١٣) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه:" في الإجارة أيضاً خيار العيب كما فـي البيـع ". انظر: مجلة الاحكام العدلية، ص٩٦.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠١ وأبو زهرة، الملكية ونظرية العقـد، ص٤٤١ والشلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص٦٢١ وشبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص٢٨٠ وسراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ص١٦٩ وجاء في المادة (٥٠٧) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه:" للمستأجر خيار الرؤية ". انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص٩٦.

المبحث الرابع

الرجوع في عقد الجعالة(١)

تمهيد:

مشروعية الجعالة:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤) إلى القول بجواز الجعالة، مستدلين لقولهم بالكتاب، والسنة، والمعقول، وافقهم الحنفية القول بالجواز في الجعالة على رد الآبق فقط استحساناً(٥)، وقد نقل ابن قدامة الإجماع على جواز الجعل في رد الضالة، والآبق(٦).

---

(1) **الجعالة لغةً:**

من المصدر جعل بالفتح، يقال: جَعل لك جَعلاً، والاسم بالضم جعلاً، وهو: الأجر على الشيء فعلاً، أو قولاً. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: جعل، ج١١، ص١١١ وفي مختار الصحاح: الجعل بالضم: ما جعل للإنسان من شيء على فعل، وكذا الجِعالة بالكسر، والجعلية. انظر: الرازي، مختار الصحاح، باب: الجيم، ص٥٤.

الجعالة اصطلاحاً:

عرفها المالكية بأنها:"التزام أهل الإجارة جعلاً، يستحقه السامع بالتمام".انظر:الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٦٠، ٦١ **وقيل الجعل:**" إجارة على منفعة يضمن حصولها ". انظر: ابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٨٢.

عرفها الشافعية بقولهم:" الجعالة التزام عوض معلوم، على عمل معين، أو مجهول عسر علمه ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٢٩.

وعند الحنابلة:" أن يجعل جائز التصرف شيئاً متمولاً معلوماً لمن يعمل له عملاً معلوماً، كرد عبده من محل كذا، أو بناء حائط كذا، أو عملاً مجهولاً من مدة معلومة كشهر كذا، أو مدة مجهولة ". انظر: البهوتي، الروض المربع، ج٢، ص٤٣١، ٤٣٢ والمرداوي، الإنصاف، ج٦، ص٣٩٨.

(2) العدوي، علي الصعيدي المالكي، ت:(١٢٠١هـ). حاشية العدوي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر بيروت، ج٢، ص٢٤٩ وأبوالحسن، كفاية الطالب، ج٢، ص٢٤٩ وابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٨٢.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٤٩ والغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، ت:(٥٠٥هـ). الوسيط، الطبعة الأولى، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ، ج٤، ص٢٠٩ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤١١ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٩٧.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٢٠٢ وابن قدامة، أبو محمد عبدا المقدسي، ت:(٦٢٠هـ). الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ج٢، ص٣٣٢، وسيشار اليه فيما بعد بـ (الكافي).

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢٠٣.

(6) **قال ابن قدامة:**" الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة، وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً ". انظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٢٠.

أدلة القائلين بجواز الجعالة من القرآن الكريم:

أولاً: قوله تعالى: قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ [١].

وجه الدلالة: ذكر الله -سبحانه وتعالى- الجعالة في شرع من قبلنا ولم ينكرها، فدل على جوازها[٢].

استدل المالكية بهذه الآية بقولهم:" شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ "[٣]، في حين ذهب الشافعية إلى الاستدلال بهذه الآية على سبيل الاستئناس، إذ إن الاستدلال بهذه الآية يخالف أصل قولهم القاضي" أن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا، وإن ورد في شرعنا ما يقرره "[٤].

وبين ابن العربي وجه الدلالة من الآية، فقال:" إن لفظ الآية نص في الزعامة، فمعناها نص في الجعالة "[٥].

ثانياً: قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ [٦].

وجه الدلالة: الآية عامة في وجوب الوفاء بالعقود، والجعالة عقد من العقود.

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: ما رواه أبو سعيد الخدري- رضي الله عنه-:" أن ناساً من أصحاب النبي- صلى الله عليه وسلم- أتوا حياً من أحياء العرب، فلم يقروهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء، أو راقٍ؟ فقالوا: إنكم لم تقرونا، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء، فجعل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ، فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذه حتى نسأل النبي صلى الله عليه وسلم، فسألوه، فضحك، وقال: وما أدراك أنها رقية؟ خذوها، واضربوا لي بسهم "[٧].

وجه الدلالة: ضحك النبي- صلى الله عليه وسلم- وقوله:" وما أدراك أنها رقية، خذوها واضربوا لي بسهم " فكان ذلك إقراراً منه- صلى الله عليه وسلم- للصحابة- رضي الله عنهم- في أخذهم

---

(1) سورة سيدنا يوسف عليه السلام، الآية:٧٢ (قصة سيدنا يوسف مع إخوته عليهم السلام).

(2) الأسيوطي، شمس الدين، جواهر العقود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج١، ص٣٢٨.

(3) العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٢٤٩.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٢٩.

(5) ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبدالله، ت:(٥٤٣هـ). أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، ج٣، ص٦٥.

(6) سورة المائدة، الآية:١.

(7) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الطب، باب: الرقى بفاتحة الكتاب، ج٥، ص٢١٦٦، حديث رقم:(٥٤٠٤) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: السلام، باب: جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار، ج٤، ص١٧٢٨، حديث رقم:(٢٢٠١)، **لفظ الحديث:** للبخاري.

للجعل، وفي ذلك دلالة على مشروعية عقد الجعالة وجوازه، إذ الإقرار وجه من وجوه السنة.

ثانياً: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه* "[١].

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز الجعالة، من خلال ترتيب الجزاء على الفعل بحرف بالفاء.

المعقول:

إن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإن العمل قد يكون مجهولاً، كرد الآبق، والضالة، ونحو ذلك، ولا تنعقد الإجارة فيه، والحاجة داعية إلى ردهما، وقد لا يجد من يتبرع به، فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل؛ لأنها غير لازمة[٢].

خالفهم القول في جوازها: الحنفية[٣]، والظاهرية[٤]؛ لأن الجهالة في المعقود عليـه، وفـي بدلـه تفضي إلى المنازعة[٥].

---

* **السلب: قال ابن حجر:**" السلب بفتح المهملة واللام بعدها موحدة، هو: ما يوجد مع المحارب من ملبوس وغيره عنـد الجمهور، وعند أحمد لا تدخل الدابة، وعند الشافعي يختص بأداة الحرب".انظر: ابن حجر، فتح الباري، ج٦، ص٢٤٧.

(1) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الجهاد والسير، باب: من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلاً فله سلبه، ج٣، ص١١٤٤، حديث رقم:(٢٩٧٣) وأخرجه في كتاب: المغازي، باب: قوله تعالى: وَيَوْمَ حنَـيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ ، سورة التوبة، الآية:٢٥، ج٤، ص١٥٧٠، حديث رقم:(٤٠٦٦) وأخرجه الإمام مسلم في صـحيحه، كتاب: الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل، ج٣، ص١٣٧٠، حديث رقم:(١٧٥١)، **لفظ الحديث:** ما ذكـر هو جزء من حديث طويل، والجزء موطن الاستدلال متفق عليه.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤١١ والغزالي، الوسيط، ج٤، ص٢٠٩ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٢٠.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢٠٣.

(4) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٠٤.

(5) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٣١.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الجعالة

لبيان حكم الرجوع في عقد الجعالة لا بد من التفرقة بين حالتين، الأولى: حكم الرجوع قبل الشروع في العمل، والثانية: حكم الرجوع بعد الشروع، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد الجعالة قبل الشروع في العمل

أتفق القائلون بجواز الجعالة المالكية[(1)]، والشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)] أن عقد الجعالة عقد جائز غير لازم قبل الشروع في العمل، لكل من العاقدين الرجوع عنه بإرادتة المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، ما لم يشرع العامل في العمل.

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على الوصية، بجامع أنها تعليق استحقاق بشرط[(٤)]، أي أن استحقاق الجعل معلق على تمام العمل، كما أن استحقاق الموصى به مضاف إلى ما بعد موت الموصي.

ثانياً: قياساً على القراض[(5)]، بجامع أنه استحقاق أجر مقابل عمل.

يجاب عنه: ينتقض قياسهم بالإجارة، بجامع أنها معاوضة، فقياسها عليها أولى.

ثالثاً: قالوا: قد يتعذر القيام بالفعل، فشرعت الجعالة على الجواز، فكان لكلا العاقدين الرجوع عنه، لئلا يلزمه ما لا يتعين مصلحته[(٦)].

يجاب عنه: إن هذا خاص بالعامل دون المالك، إذ ليس على المالك عمل قد يتعذر عليه القيام به، فلا يستقيم مع قولهم بجواز الرجوع لكلا العاقدين.

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٦٥ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٦٥ والعدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٢٥٠ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٤٥٥ والقرافي، الذخيرة، ج٦، ص١٧، ١٨.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤١٢ والشربيني، محمد الخطيب، ت:(٩٩٧هـ). الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ، ج٢، ص٣٥٤ والرملي، محمد بن أحمد الأنصاري، ت:(١٠٠٤هـ).غاية البيان شرح زبد بن رسلان، عدد الأجزاء:(١)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص٢٢٨

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٢٠٦ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٢٦٩.

(4) القرافي، الذخيرة، ج٦، ص١٧ والرملي، غاية البيان شرح زبد بن رسلان، ص٢٢٨.

(5) القرافي، الذخيرة، ج٦، ص١٧.

(6) المرجع السابق، ج٦، ص١٨.

وحكي عن اللخمي قولان:

الأول: تلزم بالقول في حق الجاعل خاصة دون المجعول له، وافقه في ذلك ابن حبيب، حيث قال: " تلزم الجعالة بالعقد قبل العمل، ولا تلزم المجعول له "[(١)]، وعليه يكون للمجعـول لـه دون الجاعـل الرجوع عنها، بإرادته المنفردة.

الثاني: اللزوم من الجانبين بمجرد القول- أي بمجرد العقد-[(٢)]، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنها.

وجه ذلك: قياساً على الإجارة[(٣)]، بجامع أنها معاوضة، والأصل في عقود المعاوضات اللزوم.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، نوافق جمهور الفقهاء القـول بجـواز الرجوع عن عقد الجعالة قبل الشروع في العمل، وأنه عقد جائز غير لازم لكلا العاقدين، إذ لا يترتب على الرجوع قبل الشروع في العمل أي ضرر على أي منهما.

---

(1) القرافي، الذخيرة، ج٦، ص١٧، ١٨.

(2) المرجع السابق، ج٦، ص١٧.

(3) المرجع السابق، ج٦، ص١٧.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد الجعالة بعد الشروع في العمل

اختلف الفقهاء القائلون بجواز الجعالة المالكية، والشافعية، والحنابلة، في حكم الرجوع عن عقد الجعالة بعد الشروع في العمل على قولين:

القول الأول: عقد الجعالة بعد الشروع في العمل عقد جائز غير لازم، كما هو قبل الشروع، لكل من العاقدين الرجوع عنه، بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، وهو قول الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على الوصية، بجامع أنها تعليق استحقاق بشرط[٣]، أي أن استحقاق الجعل معلق على تمام العمل، كما أن استحقاق الموصى به مضاف إلى ما بعد موت الموصي.

ثانياً: قياساً على القراض[٤]، بجامع أنه استحقاق أجر مقابل عمل.

يجاب عنه: ينتقض قياسهم بالإجارة، بجامع أنها معاوضة، فقياسها عليها أولى.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٣٣ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤١٢ والرملي، غاية البيان شرح زبد بن رسلان، ص٢٢٨.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٢٠٦ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٢٦٩.

(3) الرملي، غاية البيان شرح زبد بن رسلان، ص٢٢٨.

(4) القرافي، الذخيرة، ج٦، ص١٧.

القول الثاني: قول المالكية، وافقوا الشافعية، والحنابلة القول بعدم لزوم عقد الجعالـة فـي حـق العامل، إلا أنهم خالفوهم في لزومه في حق الجاعل، فقالوا: هو جائز في حق العامل، لازم فـي حـق الجاعل بعد الشروع في العمل، حتى لو كان العمل الذي حصل به الشروع قليلاً لا قيمة لـه، وعليـه يكون للعامل دون الجاعل الرجوع عن عقد الجعالة بعد الشروع في العمل(1).

وجه ذلك:

إنه قد يتعذر القيام بالعمل؛ لما فيه من الجهالة، فلو لزمه العمل لكان فيه مخالفة للمصلحة بوقـوع الضرر بالعامل، لذا كان جائزاً في حقه، له تركه والرجوع عنه متى شاء(2).

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قول المالكيـة، القاضي بلزوم عقد الجعالة في حق الجاعل دون العامل بعد الشروع في العمل؛ لأن القول بذلك أقرب إلى حفظ الحقوق، واستقرار المعاملات، حيث إن العامل قد يبدو له بعد الشروع في العمل ما لم يكـن بادياً له قبل الشروع، من مشقة، وصعوبة في العمل لا يستطيع معهما إتمام العمل، فإلزامه بذلك يوقع به الضرر، وهو يتنافى وقوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا ضرر ولا ضرار "(3)، والقاعـدة الفقهيـة المستندة في أصلها إلى هذا الحديث، الآمرة بوجوب رفع الضرر، والتي نص عليها الفقهاء بقولهم:" لا ضرر ولا ضرار" والتي تفرعت عنها قاعدة " الضرر يزال ".

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٦٥ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٦٥ والعدوي، حاشـية العـدوي، ج٢، ص٢٥٠ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٤٥٥ والقرافي، الذخيرة، ج٦، ص١٧، ١٨.

(2) القرافي، الذخيرة، ج٦، ص١٨.

(3) سبق تخريجه، انظر: ص٨٠ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني

موانع الرجوع في عقد الجعالة

من تتبع آراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الجعالة سواء أكان قبل الشروع في العمل، أم بعده، يتبين ما يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع عن هذا العقد:

أولاً: مجرد العقد قبل الشروع في العمل يعَد مانعاً من الرجوع على أحد قولي اللخمي، وابن حبيب، بالنسبة للجاعل دون العامل[١].

ثانياً: الشروع في العمل يعَد مانعاً من الرجوع عن عقد الجعالة بالنسبة للجاعل دون العامل عند المالكية[٢] خلافاً للشافعية، والحنابلة[٣].

---

(1) انظر قول اللخمي، وابن حبيب: ص٩٧ من هذه الرسالة.

(2) انظر قول المالكية: ص٩٩ من هذه الرسالة.

(3) انظر قول الشافعية، والحنابلة: ص٩٨ من هذه الرسالة.

المطلب الثالث

أثر الرجوع في عقد الجعالة

أولاً: فسخ عقد الجعالة.

ثانياً: إذا رجع المتعاقدان، أو أحدهما قبل الشروع في العمل، على أصل قول المالكية، والشافعية، والحنابلة، أن عقد الجعالة عقد جائز غير لازم قبل الشروع في العمل، لكل من المتعاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، فلا شيء على الجاعل، ولا شيء للعامل.

وكذلك إن رجع العامل قبل إتمام العمل فلا شيء له؛ لأنه إنما يستحق بعد إتمام عمله، وقد تركـه باختياره، فأسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض.

أما إن كان الرجوع من قبل الجاعل بعد الشروع في العمل، والتلبس بـه، علـى أصـل قـول الشافعية، والحنابلة، أن عقد الجعالة بعد الشروع في العمل عقد جائز غير لازم، كما هو قبل الشروع، لكل من المتعاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخـر، فعليـه أجرة ما عمل العامل - أي أجرة المثل -؛ لأنه إنما عمل بعوض لم يسلم له، وإن تم العمل، لزم العقد، ووجب الجعل؛ لأنه استقر بتمام العمل[1].

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٣٣ والشيرازي، المهـذب، ج١، ص٤١٢ والغمـراوي، الـسراج الوهـاج، ص٣١٩ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٢٠ والكافي، ج٢، ص٣٣٣ والرحيباني، مطالب أولـي النهـى، ج٤، ص٢١١ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٤٢٤.

المبحث الخامس

الرجوع في عقد القسمة

تتنوع القسمة من حيث إنهاء الشركة، أو بقاؤها شائعة إلى نوعين:

الأول: قسمة الأعيان: وهي التي يدل عليها اصطلاح القسمة عندما يرد مطلقاً غير مقيد.

والثاني: قسمة المنافع (المهايأة): سنفرد للحديث عنها مطلباً مستقلاً بها.

المطلب الأول

الرجوع في عقد القسمة(1) (قسمة الأعيان)

تمهيد:

مشروعية القسمة:

ثبتت مشروعية القسمة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

أولاً: قوله تعالى: وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً (٢).

وجه الدلالة: عموم النص، فالنص عام في كل قسمة، وليس لأحد أن يخصه بالميراث(٣).

---

(1) **القسمة لغة:** مصدر الاقتسام، وقسم الشيء: جزأه. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: قسم، ج١٢، ص٤٨٠.

القسمة اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها:" جمع نصيب شائع في معين ". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص١٦٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٦٤ والحصكفي، محمد بن علي بن محمد علاء الدين، ت:(١٠٨٨هـ). الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٨٦هـ، ج٦، ص٢٥٣ **وقال الكاساني:**" هي عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض ". انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٧.

عرفها ابن عرفة من المالكية بأنها:" تصيير مشاع من مملوك بين مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة، أو تراض ". انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٣٤.

عرفها الشافعية بأنها:" تمييز بعض الأنصباء من بعض ". انظر: البكري، إعانة الطالبين، ج٤، ص٢٦٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤١٨ والإقناع، ج٢، ص٦٢٣ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٦٠.

عرفها الحنابلة بأنها:" تمييز بعض الأنصباء من بعض وإفرازها عنها ". انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٥٤٤ وكشاف القناع، ج٦، ص٣٧٠ وابن مفلح، المبدع، ج١٠، ص١١٩ والمرداوي، الإنصاف، ج١١، ص٣٣٩ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٥٤٩.

عرفها الظاهرية بأنها:" تمييز حق كل واحد وتخليصه ". انظر: ابن حزم، المحلى، ج٨، ص١٣٣.

(2) سورة النساء، الآية:٨.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص١٢٨.

ثانياً: قوله تعالى: ﴿ ونبئهم أن الماء قسمةٌ بينهم كل شربٍ محتضرٌ ﴾[1].

وجه الدلالة: دلت الآية على جواز القسمة ومشروعيتها؛ لأن الله - سبحانه وتعالى- سمى المهايأة، وهي: قسمة المنافع: قسمة[2].

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: ما رواه جابر بن عبدالله - رضي الله عنهما- قال:" قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم- بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة "[3].

وجه الدلالة: قال ابن حجر:" أراد هنا الإشارة إلى جواز القسمة "[4].

ثانياً: ما روته السيدة عائشة- رضي الله عنها- قالت:" كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم- يقسم، فيعدل، فيقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك "[5].

وجه الدلالة: عموم النص، قال ابن حزم:" هذا عام لكل قسمة وليس لأحد أن يخصها برأيه بين زوجاته- صلى الله عليه وسلم-"[6].

---

(1) سورة القمر، الآية:٢٨.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، ج٥، ص٢٩٨.

(3) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الشفعة، باب: الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، ج٢، ص٧٨٧، حديث رقم:(٢١٣٨) وأخرجه في كتاب: الشركة، باب: الشركة في الأرضين وغيرها، ج٢، ص٨٨٣ حديث رقم:(٢٣٦٣) وأخرجه أيضاً من نفس كتاب الشركة، باب: إذا اقتسم الشركاء الدور أو غيرها فليس لهم رجوع ولا شفعة، ج٢، ص٨٨٤، حديث رقم:(٢٣٦٤).

(4) ابن حجر، فتح الباري، ج٥، ص١٣٤.

(5) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: القسم بين النساء، ج٢، ص٢٤٢، حديث رقم:(٢١٣٤) وأخرجه النسائي، سنن النسائي، كتاب: عشرة النساء، باب: حب النساء، ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، ج٧، ص٦٤ وأخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في القسمة للبكر والثيب، ج٣، ص٤٦٦، حديث رقم:(١١٤٠) وأخرجه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب: النكاح، باب: القسمة بين النساء، ج١، ص٦٣٣، حديث رقم:(١٩٧١) وأخرجه الدارمي، أبو محمد عبدالله بن عبدالرحمن، ت:(٢٥٥هـ). سنن الدارمي، الطبعة الأولى، تحقيق: فواز أحمد زمرلي، وخالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، كتاب: النكاح، باب: القسمة بين النساء، ج٢، ص١٩٣، حديث رقم:(٢٢٠٧)، وأخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: النكاح، ج٢، ص٢٠٤، حديث رقم:(٢٧٦١)، **لفظ الحديث:** لأبي داود، والدارمي، والحاكم، **الحكم على الحديث:** قال الحاكم: "هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ". انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٢، ص٢٠٤.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص١٢٨.

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز القسمة من لدن سيدنا محمد- صلى ا عليه وسلم- إلى يومنا هذا من غير نكير يذكر، وقد نقل الإجماع على جوازها غير واحد، منهم: ابن قدامة، حيث قال:" أجمعت الأمة على جواز القسمة "[١].

المعقول:

الحاجة داعية إلى القسمة، قال ابن قدامة:" إن بالناس حاجة إلى القسمة؛ ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على إيثاره، ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي "[٢].

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٤٠ وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٧ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٥٣ والقرافي، الذخيرة، ج٧، ص١٨٣ وابن مفلح، المبدع، ج١٠، ص١١٩.

(2) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٤٠ وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٧.

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد القسمة بحسب طبيعة تقسيمها

تنقسم قسمة الأعيان إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة، ما يهمنا منها ما له علاقه بموضـوع البحـث، وهو تقسيمها من حيث الاختيار والإجبار، فهي تقسم بهذا الاعتبار إلى رضائية، وجبرية.

القسم الأول: القسمة الرضائية: وهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي[1].

القسم الثاني: القسمة القضائية – أي القسمة الجبرية –: وهي التي يتولاها القاضي[٢].

أولاً: حكم الرجوع في عقد القسمة الرضائية

اختلاف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد القسمة إذا تمت بالتراضي بين الشركاء بأنفسهم، أو بقاسم من قبلهم، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في لزوم عقد القسمة إذا تمت بالتراضي، وهل يـشترط للزومها الرضا بعد القرعة، أم لا؟ ولإيضاح ذلك نقول: اختلاف الفقهاء في لزوم عقد القسمة إذا تمـت بالتراضي بين الشركاء بأنفسهم، أو بقاسم من قبلهم، وفي اشتراط الرضا بعد القرعة على قولين:

القول الأول: تكون لازمة، ولا تتوقف على الرضا بعد القرعة، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنها بعد القرعة، وهو قول الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية في قول[٥]، والحنابلة إذا كان القاسم على صفة قاسم الحاكم في العدالة، والمعرفة[٦].

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على قسمة الإجبار؛ لأن القاسم كالحاكم، وقرعته كحكمه[٧].

ثانياً: إن القاسم مجتهد في تعديل السهام، كاجتهاد الحاكم في طلب الحق، فوجب أن تلزم قرعته[٨].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٩ وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (١١٢١) بأنها:" القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي، أو برضا الكل عند القاضي ". انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص٢١٦.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٩ وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (١١٢٢) بأنها:" تقـسيم القاضـي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم ". انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص٢١٦.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٢٨ والسرخسي، المبسوط، ج١٥، ص٨.

(4) القرافي،الذخيرة، ج٧، ص٢٥٧ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٩٩ والمواق،التاج والإكليل، ج٥، ص٣٣٥

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٤ والشيرازي، المهذب، ج٢، ص٣٠٩ والنووي، روضة الطـالبين، ج١١، ص٢١٧.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٧٩ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٤٩ والكافي، ج٤، ص٤٨٤ وابن مفلـح، المبدع، ج١٠، ص١٣٣.

(7) القرافي، الذخيرة، ج٧، ص٢٥٧ والبهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٧٩ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٤٩.

(8) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص٣٠٩ والبهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٧٩.

القول الثاني: لا تكون القسمة لازمة، إلا بالتراضي بعد القرعة، فيكون لكلا العاقدين الرجوع عنها بعد القرعة، وهو قول الشافعية في الأصح[١]، والحنابلة فيما لو كان القاسم كافراً، أو فاسقاً، أو جـاهلاً بالقسمة[٢]، وقول الحنفية إذا لم تتم القسمة[٣].

وجه ذلك: أولاً: إنه لما اعتبر الرضا في الابتداء، اعتبر بعد خروج القرعة[٤].

يجاب عنه: إنهم رضوا بحكم القرعة ابتداء.

ثانياً: لأنها بيع، والبيع يلزم بالتراضي لا بالقرعة[٥].

يجاب عنه: إن قياسهم ينتقض بالقسمة الجبرية، إذ هي أشبه بالقسمة الرضائية، فقياسها عليها أولى.

ثالثاً: وجه قول الحنفية إن له الرجوع قبل أن تتم القسمة

قياساً على الرجوع عن الإيجاب قبل صدور القبول[٦]، جرياً على أصلهم في عدم لزوم الإيجـاب قبل صدور القبول، إذ للموجب الرجوع عن إيجابه ما لم يتصل به القبول[٧]. **يجاب عنه:** إنـه خـارج عن محل الخلاف، فلا خلاف في جواز الرجوع عنها قبل التمام – أي قبل خروج القرعة -.

---

(1) الشربيني،مغني المحتاج،ج٤، ص٤٢٤والشيرازي،المهذب،ج٢، ص٣٠٩والنووي،روضة الطالبين،ج١١، ص٢١٧.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٧٨، ٣٧٩ وابن قدامة، الكافي، ج٤، ص٤٨٤ والمغني، ج١٠، ص١٤٩ وابـن مفلح، المبدع، ج١٠، ص١٣٣.

(3) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص٨ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٢٨.

(4) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص٣٠٩ والشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٤ وابن قدامة، الكافي، ج٤، ص٤٨٤.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٤ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٤٩.

(6) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص٨.

(7) ذهب جمهور الفقهاء الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية إلى أن الموجب للعقد يملك حق الرجوع عن إيجابه، ما لم يتصل به القبول، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية حيث جاء في المادة (١٨٤):" لو رجع أحد المتبايعيين عن البيع بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع ". وبه أيضاً أخـذ القـانون المدني حيث نصت المادة(٩٦) منه:" المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجـاب وقبل القبول، أو صدر من أحد المتعاقدين قول، أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك ". انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢١ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٣ والكاسـاني، بـدائع الصنائع، ج٥، ص١٣٤ والإمام الشافعي، الأم، ج٣، ص٥ والمطيعي، تكملة المجمـوع، ج٩، ص١٧٤ والـشيرازي، المهذب، ج١، ص٢٥٧ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٢٠٠ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٥ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٧١ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٦٣ وابن حزم، المحلى، ج٣، ص٦٣ ومجلة الأحكام العدلية، ص٣٨.

خالف في ذلك المالكية، فقالوا: ليس للموجب الحق في الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول من العاقد الآخـر، أو يبدو منه ما يدل على إعراضه، هذا إذا كان الإيجاب بصيغة الماضي، أما إذا كان الإيجاب بصيغة المضارع، فإنه يملك حق الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول من العاقد الآخر، أو بعد صدوره، بشرط أن يحلف أنه لم يرد التعاقد. انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٢٤٠، ٢٤١ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث أن القسمة تكون لازمة إذا تراضا الشركاء القسمة بأنفسهم، أو بقاسم من قبلهم، متى استوفت شروطها، دون توقف على الرضا بعد القرعة، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنها بعد القرعة، للأسباب الآتية:

أولاً: قياساً على قسمة الإجبار، بجامع لزومها لكلا العاقدين.

ثانياً: إن القاسم كالحاكم، وقرعته كحكمه، والأصل لزوم قرعة، وحكم الحاكم.

ثالثاً: القول بلزوم القسمة بعد القرعة فيه قطعاً للنزاع، وحسماً للخلاف؛ لذلك كان هو الأولى بالإتباع.

ثانياً: حكم الرجوع في عقد القسمة القضائية

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)] في لزوم عقد القسمة لكلا العاقدين إذا كانت قضاء - أي جبراً - ولا يتوقف هذا اللزوم على رضا الشركاء، وعليه ليس لأحد العاقدين الرجوع عنها إذا كانت قضاء.

وجه ذلك:

أولاً: إنه لم يعتبر الرضا منهم في ابتداء القسمة، فلم يعتبر بعد خروج القرعة[(٥)].

ثانياً: إن القاسم كالحاكم، وقرعته كحكمه[(٦)]، والأصل لزوم قرعة، وحكم الحاكم.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٢٨.

(2) القرافي، الذخيرة، ج٧، ص٢٥٧ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٩٩ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٣٣٥.

(3) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص٣٠٩ والنووي، روضة الطالبين، ج١١، ص٢١٦، ٢١٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٤.

(4) البهوتي، الروض المربع، ج٣، ص٤١١ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٤٨ والكافي، ج٤، ص٤٨٤ وابن مفلح، المبدع، ج١٠، ص١٣٣.

(5) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص٣٠٩ والشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٤ وابن قدامة، الكافي، ج٤، ص٤٨٤.

(6) القرافي، الذخيرة، ج٧، ص٢٥٧ والبهوتي، الروض المربع، ج٣، ص٤١١ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٤٨ والكافي، ج٤، ص٤٨٤ وابن مفلح، المبدع، ج١٠، ص١٣٣.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد القسمة بسبب الخيار

لا خلاف بين الفقهاء أن القسمة التي يثبت فيها الخيار، هي القسمة الرضائية فقط، إلا ما ذهب إليه الحنفية من قول بثبوت خيار العيب في القسمة القضائية.

ولإيضاح ذلك نسوق بعضاً من نصوص الفقهاء التي تبين ذلك وتؤيده:

قال ابن عابدين من فقهاء الحنفية:" والقسمة... قسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاثة، خيار الشرط، والعيب، والرؤية، وقسمة ذوات الأمثال كالمكيلات، والموزونات، يثبت فيها خيار العيب فقط "[1].

وقال السمرقندي:" ما كان في البيع من خيار الشرط، والرؤية، والرد بالعيب، ففي القسمة كذلك لا يختلفان؛ لأنها في معنى البيع وهذا إذا قسما بالتراضي، فأما إذا قسم القاضي فكذلك في العيب، ولا يثبت خيار الرؤية، ولا خيار الشرط فيه "[2].

وقال الدردير المالكي:" وقسمة المراضاة في الرقاب كالبيع "[3]، وقال الباجي:" إن المراضاة بيع محض "[4]، وقال القرافي:" يجوز اشتراط الخيار في القسم فيما يجوز فيه البيع "[5]، وعليه يثبت في القسمة ما يثبت في البيع من الخيارات.

ومن أقوال فقهاء الشافعية ما قاله النووي:" يثبت الخيار في القسمة إن كان فيها رد، وإلا فإن جرت بالإجبار فلا رد "[6].

وقال الشربيني:" القسمة بيع ثبت فيها أحكامه من الخيارين"[7].

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٩٣.

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٨٣.

(3) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥٠٠.

(4) المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٣٤٢.

(5) القرافي، الذخيرة، ج٧، ص٢٥٧.

(6) المطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٨.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٤.

وقال الرحيباني من الحنابلة:" وحكمها - أي القسمة- كبيع يجوز فيها ما يجوز فيه، من رد بعيب، وخيار مجلس، وخيار شرط، وغبن، وغير ذلك من أنواع الخيار"[١].

وجاء في منار السبيل:" كانت بيعاً - أي قسمة التراضي- يثبت فيها ما يثبت فيه من الأحكام من خيار مجلس، وشرط، وغبن، ورد بعيب؛ لأنها معاوضة "[٢].

مما تقدم يتبين أنه لا خلاف بين الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة في ثبوت خيار الشرط، والعيب، والرؤية، في القسمة الرضائية، دون القضائية، وعليه يكون لكلا العاقدين الرجوع عنها بسبب الخيار.

وافقهم الحنفية القول بعدم ثبوت خيار الشرط، والرؤية في القسمة القضائية، وخالفوهم في ثبوت خيار العيب، مما يجعل لكل من العاقدين الرجوع عنها بسبب خيار العيب.

وجه القول بثبوت الخيار في القسمة الرضائية دون القضائية:

أولاً: يثبت الخيار في القسمة الرضائية؛ لأنها معاوضة، ولا يثبت في قسمة الإجبار؛ لأنها إفراز حق لا بيع[٣].

ثانياً: إن قسمة الرضا فيها معنى المبادلة، وهذا النوع أشبه بالمبادلات؛ لوجود المرضاة من الجانبين، فيثبت فيه الخيار كما في البيع، ولا يثبت في قسمة القضاء لعدم الفائدة؛ لأنه لو ردها بخيار الشرط، والرؤية، لأجبره القاضي ثانياً، فلا يفيد[٤].

---

(1) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٥٥٠.

(2) ضويان، منار السبيل، ج٢، ص٤١٩، ٤٢٠.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٩.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٢٨ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٨٣.

المطلب الثاني

الرجوع في عقد المهايأة[١]

تمهيد:

مشروعية المهايأة:

ثبتت مشروعية المهايأة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ونَبِّئْهُم أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بيْنَهُم كُلُّ شِرْبٍ مُّحتَضَرٌ [٢].

وجه الدلالة:

قال الجصاص:" الآية تدل على جواز المهايأة، لأنهم جعلوا شرب الناقة يوماً لها ويوم لهم، ويدل أيضاً على أن المهايأة قسمة المنافع "[٣].

---

(1) **المهايأة لغةً:**

مشتقة من الهيئة، وهي: حال الشيء وكيفيته، والمهايأة: الأمر المتهايأ عليه، وهي: أمر يتهايأ القوم فيتراضون به.

انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: هيأ، ج١، ص١٨٨، ١٨٩.

المهايأة اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها:" قسمة المنافع ". انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٦٩ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص١٧٩ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٧٥ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٧٩.

وقيل:" هي مبادلة المنفعة بجنسها ". انظر: السرخسي، المبسوط، ج٢٠، ص١٧٠.

وعرفها ابن عرفة من المالكية بأنها:" اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زماناً معيناً من متحد، أو متعدد يجوز في نفس منفعته لا في غلته ". انظر: المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٣٣٤.

أما الشافعية، فقالوا:" هي أن تكون العين في يد أحدهما مدة، ثم في يد الآخر مثل تلك المدة ". انظر: الشيرازي، المهذب، ج٢، ص٣٠٨.

وعرفها الحنابلة بمثل ما عرفها به الحنفية، فقالوا:" هي قسمة المنافع ". انظر: المرداوي، الإنصاف، ج١١، ص٣٤١ وابن مفلح، الفروع، ج٦، ص٤٤١ وابن مفلح، المبدع، ج١٠، ص١٢٦ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٥٥٧.

كذلك القانون المدني الأردني لم يخرج عن ذلك التعريف، فعرفها في المادة (١٠٥٤) بأنها:" قسمة المنافع ".

(2) سورة القمر، الآية:٢٨.

(3) الجصاص، أحكام القران، ج٥، ص٢٩٨.

من السنة النبوية الشريفة:

ما أخرجه ابن حبان في صحيحه:" إنهم كانوا يوم بدر بين كل ثلاثة بعير، وكان زميلي رسـول ا - صلى ا عليه وسلم- علي، وأبو لبابة، فإذا حانت عقبة النبي- صلى ا عليه وسـلم- قـالا: اركب ونحن نمشي، فيقول النبي- صلى ا عليه وسلم-: ما أنتما بأقوى مني، وما أنـا بـأغنى عـن الأجر منكما "[1].

موطن الشاهد في الحديث:

تناوب الرسول- صلى ا عليه وسلم- الركوب مع سيدنا علي، وأبي لبابة- رضي ا عنهما-.

وجه الدلالة:

يقول علماء الأصول" دليل الجواز الوقوع "[2]، فدلت هذه الواقعة على جواز المهايأة؛ لأن أدنى ما يثبت بفعله- صلى ا عليه وسلم- الجواز.

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز المهايأة من لدن سيدنا محمد- صلى ا عليه وسلم- إلى يومنا هذا مـن غير نكير يذكر، وقد نقل الإجماع على جواز المهايأة ابن نجيم بقوله:" اجتمعت الأمة على جوازها[3].

المعقول:

الحاجة الداعية إليها، قال الزيلعي:" جرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة في الأعيان، ولو لـم تجز المهايأة؛ لأدى إلى تعطيل الأعيان التي لا يمكن قسمتها، وإنه قبيح؛ لأن الأعيان خلقت للانتفـاع بها وهو ينافيه، فتجوز ضرورة كقسمة الأعيان "[4].

---

(1) أخرجه ابن حبان في صحيحه، باب: الخروج وكيفية الجهاد، ذكر إباحة تعاقب الجماعة البعير الواحد فـي الغـزو عند عدم القدرة على غيره، ج١١، ص٣٥، حديث رقم:(٤٧٣٣).

(2) السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج، الطبعة الأولى، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلميـة، بيـروت، لبنان، ١٤٠٤هـ، ج٣، ص١٥٥.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص١٧٩ وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص٢٧٥.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص٢٧٥.

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد المهايأة

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المهايأة، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في صفة عقد المهايأة، فمن قال بلزومه لم يجز الرجوع، ومن قال بعدم لزومه أجاز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقـول: اختلف الفقهاء في لزوم عقد المهايأة على قولين:

القول الأول: عقد المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة لكلا العاقدين من حيث الجملة، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

وجه ذلك[٤]:

أولاً: قياساً على البيع، بجامع أنها معاوضة، فلا يجبر عليها.

ثانياً: قياساً على الدين، بجامع أن حق كل واحد في المنفعة عاجل، فلا يجوز تأخيره بغير رضاه.

ثالثاً: قياساً على قسمة التراضي.

رابعاً: قياساً على العارية من الجهتين، لكل منهما الرجوع متى شاء[5].

غير أن جمهور الفقهاء مع اتفاقهم أن عقد المهايأة من العقود الجـائزة غيـر اللازمـة لكـلا العاقدين، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفاصيل المتعلقة بحكم الرجوع:

فذهب الحنفية إلى أن عدم اللزوم في عقد المهايأة مقيد بشرط، وهو أن لا يتعلق بالمهايـأة حـق للغير، وعليه ليس لأحد العاقدين الرجوع عنها إذا تعلق بها حق للغير[٦].

في حين ذهب الشافعية[٧]، والحنابلة[٨] إلى عدم لزوم عقد المهايأة مطلقاً، وعليـه يحـق لكـلا العاقدين الرجوع عنها.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٢.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٦ والشرواني، حواشي الشرواني، ج١٠، ص٢٠٠.

(3) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٥٤٦ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٥٢ والرحيباني، مطالـب أولـي النهى، ج٣، ص٥٤٦ والمرداوي، الإنصاف، ج١١، ص٣٤٠.

(4) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٥٢.

(5) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٥٤٦ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٥٢.

(6) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٦٩.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٦ والشرواني، حواشي الشرواني، ج١٠، ص٢٠٠.

(8) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٥٤٦ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٥٢ والرحيباني، مطالـب أولـي النهى، ج٣، ص٥٤٦ والمرداوي، الإنصاف، ج١١، ص٣٤٠.

وذهب الغزالي من الشافعية في رواية إلى أن عدم اللزوم، وجواز الرجوع عن عقد المهايأة مقيد بشرط، وهو أن لا يكون العاقد قد استوفى نوبته، فإن كان استوفى نوبته دون الآخر وأراد الرجـوع، فليس له الرجوع حتى يستوفي الآخر نوبته[١].

وذهب ابن تيمية من الحنابلة إلى أن عدم اللزوم في عقد المهايأة مقيد بشرط، وهو أن لا تكـون المهايأة محددة بمدة معلومة، وعليه ليس لأحد العاقدين الرجوع عنها إذا كانت محددة بمدة معلومة حتى تنقضي المدة المحددة[٢].

ولإيضاح ذلك نسوق بعضاً من نصوص الفقهاء التي تبين موقفهم من هذه المسألة، وتؤيد مـا سبق بيانه:

قال الكاساني من الحنفية:" وأما صفة المهايئات، فهي أنها عقد غير لازم "[٣].

من كلام الكاساني يظهر للناظر فيه، أن عقد المهايأة عقد غير لازم مطلقاً، في حـين نجـد ابـن عابدين قيد هذا الإطلاق بشرط عدم تعلق حق الغير بها.

حيث قال:" لو أجر كل منهما الدار التي في يده، فأراد أحدهما نقض المهايأة، وقسمة رقبة الـدار، له ذلك إذا مضت مدة الإجارة "[٤].

وفي مغني المحتاج:" لكل منهما الرجوع عن المهايأة، فإن رجع أحدهما عنها بعد استيفاء المدة، أو بعضها، لزم للمستوفي للآخر نصف أجرة المثل لما أستوفى "[٥]، ومثله في حواشي الشرواني[٦].

غيرَ أن الغزالي وهو من فقهاء الشافعية قد فصل في كلامهم السابق، ففرق في حكم الرجوع فيما إذا كان الرجوع قبل استيفاء النوبة، أم بعده، فقال:" ومن رجع قبل استيفاء نوبته، فله ذلك، وإن استوفى ثم رجع فوجهان: أقيسهما أنه يرجع، ويغرم ما انفرد به، **والثاني**: لا يرجع "[٧].

---

(1) الغزالي، الوسيط، ج٧، ص٣٤٣.

(2) ابن تيمية، عبدالسلام بن عبدا بن أبي القاسم بن تيمية الحراني، ت:(٦٥٢هـ). المحرر في الفقه، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٤هـ، ج٢، ص٢١٦.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٢.

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٦٩.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٦.

(6) الشرواني، حواشي الشرواني، ج١٠، ص٢٠٠.

(7) الغزالي، الوسيط، ج٧، ص٣٤٣.

وقال البهوتي من الحنابلة:" وإن اقتسماها - أي المنافع - بزمان، أو مكان صح ذلك جـائزاً غيـر لازم سواء عينا مدة، أو لا، كالعارية من الجهتين، ولكل واحد منهما الرجوع متى شـاء، فلـو رجـع أحدهما بعد استيفاء نوبته غرم ما انفرد به، أي أجرة مثل حصة شريكه مدة انتفاعه "[1].

وذهب ابن تيمية إلى لزوم عقد المهايأة إذا حدد بمدة معلومة حيث قال:" إذا كـان بينهمـا منـافع واقتسماها بالزمان، أو المكان، جاز، ولزم العقد إذا كانت إلى مدة معلومة، وإلا فهـو جـائز عنـدي، وقيل: هو جائز غير لازم بكل حال "[2].

---

(1) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٥٤٦ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٥٢ والرحيباني، مطالـب أولـي النهى، ج٣، ص٥٤٦ والمرداوي، الإنصاف، ج١١، ص٣٤٠.

(2) ابن تيمية، المحرر في الفقه، ج٢، ص٢١٦.

القول الثاني: عقد المهايأة عقد لازم، ليس لأحد العاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، وهو قول المالكية[١].

غير أن المالكية مع قولهم بلزوم عقد المهايأة، إلا أن لهم تفصيلاً في ذلك:

فقالوا: تكون المهايأة لازمة إذا كان المقسوم متحداً، أو متعدداً وكانت المهايأة محددة بزمن معين، أما إذا كان المقسوم متعدداً وكانت المدة غير معينة، فإن المهايأة تكون صحيحة لكنها غير لازمة عند ابن الحاجب، وابن عبد السلام، وعند ابن عرفة إن لم تعين بزمن فسدت مطلقاً [٢].

مما سبق يتبين أن سبب الخلاف في ذلك: تعيين الزمن، هل يعَد شرطاً لصحة المهايأة، أم شرطاً للزومها؟

عند ابن الحاجب، وابن عبد السلام، تعيين الزمن في عقد المهايأة يعَد شرطاً للزومها، أما ابن عرفة، فَيعِده شرطاً لصحتها[٣].

تحرير محل النزاع عند فقهاء المالكية:

بناء على ما سبق يتبين أنه لا خلاف بين فقهاء المالكية في لزوم عقد المهايأة، وعدم جواز الرجوع عنها إذا كان المقسوم متحداً، أو متعدداً، وكانت المهايأة محددة بزمن معين.

كما لا خلاف بينهم في فساد المهايأة إذا كان المقسوم متحداً، وكانت المدة غير معينة.

من هنا يتعين محل النزاع بين فقهاء المالكية، وهو فيما إذا كان المقسوم متعدداً، وكانت المدة غير معينة، فعلى قول ابن الحاجب، وابن عبد السلام: إن تعيين الزمن شرط لزوم لا شرط صحة، تكون المهايأة صحيحة لكنها غير لازمة، فيجوز الرجوع عنها، وعلى قول ابن عرفة: إن تعيين الزمن شرط صحة لا شرط لزوم، تكون المهايأة فاسدة إذا لم تعين بزمن.

وجه قولهم بلزوم عقد المهايأة إذا كان المقسوم متحداً، أو متعدداً، وكانت المهايأة محددة بزمن معين: قالوا قياساً على الإجارة[٤].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ " لأنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير إجارة، فلم يلزم كما لو أعاره شيئاً ليعيره شيئاً آخر إذا احتاج إليه "[٥].

---

(1) القرافي، الذخيرة، ج٧، ص٢٥٧ وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٠٣.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٩٨ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٣٥.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٩٨.

(4) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥٠٠ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٣٥.

(5) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٥٢.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان قول جمهور الفقهاء، بكون عقد المهايـأة عقـداً جائزاً غير لازم، لكلا العاقدين الرجوع عنه، لكن هذا الرجوع ليس على إطلاقه، فلا بد مـن تقييـده بشرطين:

الأول: أن لا يكون قد تعلق بالمهايأة حق للغير، كما نص عليه ابن عابدين من الحنفية.

الثاني: أن لا تكون المهايأة قد حددت بمدة محددة، كما نص عليه ابن تيمية من الحنابلة.

ويمكن تأييد هذا الترجيح بالأسباب الآتية:

أولاً: إن فيه حفظاً للحقوق، واستقراراً للمعاملات.

ثانياً: القول بجواز الرجوع عن عقد المهايأة مطلقاً، قد يترتب عليه إلحـاق الـضرر بـالآخرين، كالمستأجر مثلاً، ونحن مأمورون برفع الضرر قولاً واحداً، إعمالاً لقوله صلى ا عليـه وسـلم:" لا ضرر ولا ضرار"[1].

---

(1) سبق تخريجه، انظر: ص٨٠ من هذه الرسالة.

الفرع الثاني: موانع الرجوع في عقد المهايأة

من تتبع آراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المهايأة، يتبين ما يمكن اعتباره مانعاً من الرجـوع عن هذ العقد:

أولاً: إذا تعلق بالمهايأة حق للغير، على وفق ما جاء في حاشية ابن عابدين يعَد مانعاً من الرجوع، كما لو أجر أحد الشركاء محل المهايأة، فليس له الرجوع حتى تنقضي مدة الإجارة[(1)].

ثانياً: إذا استوفى أحد الشركاء نوبته، فليس له الرجوع قبل أن يستوفي الآخر نوبته، وفقاً لروايـة ذكرها الغزالي من الشافعية[(2)].

ثالثاً: إذا حددت المهايأة بمدة معلومة، يعَد مانعاً من الرجوع حتى تنقضي المدة المحددة عند ابـن تيمية من الحنابلة[(3)].

---

(1) انظر قول ابن عابدين من الحنفية: ص١١٤ من هذه الرسالة.

(2) انظر قول الغزالي من الشافعية: ص١١٤ من هذه الرسالة.

(3) انظر قول ابن تيمية من الحنابلة: ص١١٥ من هذه الرسالة.

المبحث السادس

الرجوع في عقد التحكيم(١)

تمهيد:

مشروعية التحكيم:

ثبتت مشروعية التحكيم بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وإن خِفْتُم شِقَاقَ بينهما فَابعثُواْ حكَما من أَهلِهِ وحكَما من أَهلِهـا إِن يريـدا إِصلاحا يوفِّق اللّه بينَهما إِن اللّه كَان علِيما خَبِيرا﴾(٢).

موطن الشاهد: قوله تعالى: ﴿فَابعثُواْ حكَما من أَهلِهِ وحكَما من أَهلِها﴾.

وجه الدلالة: عموم النص، قال الزيلعي بعد استدلاله بهذه الآية على جواز التحكيم:" نزلـت هـذه الآية في تحكيم الزوجين "(٣)، فدلت على جواز التحكيم بين الزوجين وفيما سواه.

---

(1) **التحكيم لغة:** قال ابن فارس: (حكم) الحاء، والكاف، والميم، أصل واحد، وهو: المنع. انظر: ابن فـارس، معجـم مقاييس اللغة، مادة: حكم، ج٢، ص٩١، **يقال:** حاكمه إلى الحاكم دعاه وخاصمه، وحكمه في الأمر تحكيمـاً: أمـره أن يحكم فاحتكم، وتحكم: جاز فيه حكمه، والاسم الأُحكُومَةُ والحكومَةُ. انظر: الفيروزابادي، القـاموس المحـيط، فـصل: الحاء، باب: الميم، ج٤، ص٩٩.

التحكيم اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنـه:" تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما ". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٤ والحـصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٤٢٨ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٤٢٨.

ومقتضى كلام فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، لا يخرج عن هذا التعريف:

فقال المالكية:"لو أن رجلين حكما بينهما رجلاً فحكم بينهما أمضاه القاضي".انظر: المواق، التاج والإكليل،ج٦، ص١١٢

وقال الشافعية:" لو حكم خصمان رجلاً غير قاضي في غير حد الله من مال، أو غيره جاز مطلقاً ". انظر: الـشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٨.

وقال الحنابلة:" إن تحاكم رجلان إلى من يصلح للقضاء، فحكماه بينهما ليحكم بينهما جاز ". انظر: ابن قدامة، الكـافي، ج٤، ص٤٣٦ والمرداوي، الإنصاف، ج١١، ص١٩٧.

وعرفه من المعاصرين الشيخ الزرقا، فقال:" هو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حكمـاً بينهما لفصل خصومتهما ". انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٦٠١.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٩٠) حيث جاء فيها، التحكيم:" هو عبارة عن اتخـاذ الخـصمين حاكمـاً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما ". انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص٣٦٥.

(2) سورة النساء، الآية:٣٥.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٩٣.

ثانياً: قوله تعالى: يحكُم بِهِ ذَوا عدلٍ منكُم [١].

وجه الدلالة: قال ابن العربي:" هذا دليل على جواز التحكيم "[٢].

ثالثاً: قوله تعالى: ومن لم يحكُم بِما أَنزلَ اللّه فَأُولَئِك هم الْكَافِرون [٣]، **وقوله تعالى: ومن لم يحكُم بِما أَنزلَ اللّه فَأُولَئِك هم الْفَاسِقُون** [٤].

وجه الدلالة: عموم قوله تعالى **ومن لم يحكم** فهي عامة في كل حكم.

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: ما رواه أبو سعيد الخدري- رضي ا عنه- قال:" نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ- رضي ا عنه- فأرسل النبي- صلى ا عليه وسلم- إلى سعد، فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد، قال للأنصار: قوموا إلى سيدكم، أو خيركم، فقال: هؤلاء نزلوا على حكمك، فقال: تقتل مقاتلتهم، وتسبى ذراريهم، قال: قضيت بحكم ا ، وربما قال: بحكم الملك "[٥].

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على جواز التحكيم.

قال النووي:" نزول أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ- رضي ا عنه- فيه جواز التحكيم "[٦].

---

(1) سورة المائدة، الآية:٩٥.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، ج٢، ص١٨٥.

(3) سورة المائدة، الآية:٤٤.

(4) سورة المائدة، الآية:٤٧.

(5) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: المغازي، باب: مرجع النبي- صلى ا عليه وسلم- من الأحزاب، ومخرجه إلى بني قريظة، ومحاصرته إياهم، ج٤، ص١٥١١، حديث رقم:(٣٨٩٥) وأخرجه في كتاب: فضائل الصحابة، باب: مناقب سعد بن معاذ رضي ا عنه، ج٣، ص١٣٨٤، حديث رقم:(٣٥٩٣) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الجهاد والسير، باب: جواز قتال من نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل أهل للحكم، ج٣، ص١٣٨٨، حديث رقم:(١٧٦٨)، **لفظ الحديث:** للبخاري.

(6) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، ت:(٦٧٦هـ). شرح النووي على صحيح مسلم، الطبعة الثالثة، دارالفكر، بيروت، لبنان، ١٣٨٩هـ/١٩٧٨م، ج١٢، ص٩٢.

ثانياً: ما رواه شريح بن هانئ عن أبيه هانئ:" أنه لما وفد رسول الله - صلى الله عليه وسلم- مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله - صلى الله عليه وسلم- فقال: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: ما أحسن هذا، فمالك من الولد؟ فقال: لي شريح، ومسلم، وعبدالله، قال: فمن أكبرهم؟ قلت: شريح، قال: فأنت أبو شريح "(١).

وجه الدلالة:

دل الحديث على مشروعية التحكيم وجوازه، لإقراره- صلى الله عليه وسلم- لأبي شريح بقوله: " ما أحسن هذا " إذ الإقرار وجه من وجوه السنة، وهو لا يكون إلا على أمر جائز ومشروع.

الإجماع:

انعقد الإجماع على مشروعية التحكيم وجوازه من لدن سيدنا محمد- صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا من غير نكير يذكر(٢).

المعقول:

العقل يحكم بجواز التحكيم؛ لما فيه من فض للمنازعات، وإصلاح بين الناس؛ لذلك كانت الحاجة داعية إليه، والقول بعدم جوازه يؤدي إلى إيقاع الناس في الحرج والمشقة.

---

(1) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: الأدب، باب: تغيير الاسم القبيح، ج٤، ص٢٨٩، حديث رقم:(٤٩٥٥) وأخرجه النسائي، سنن النسائي، كتاب: آداب القضاة، باب ترك من يحرص على القضاء، إذا حكموا رجلاً فقضى بينهم، ج٨، ص٢٢٦ وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: آداب القاضي، باب: ما جاء في التحكيم، ج١٠، ص١٤٥، حديث رقم:(٢٠٢٩٨) وأخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: الإيمان، ج١، ص٧٥، حديث رقم:(٦٢)، **لفظ الحديث:** لأبي داود، والبيهقي، **الحكم على الحديث:** قال الهيثمي:" رواه الطبراني في الأوسط، وفيه محمد بن جامع العطار، وهو ضعيف ". انظر: الهيثمي، علي بن أبي بكر، ت:(٨٠٧هـ). مجمع الزوائد، دار الريان للنشر، القاهرة و بيروت، ١٤٠١٧هـ، ج٨، ص١٠٥.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٨.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد التحكيم قبل الشروع فيه

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] أنه يحق لكل طرف من أطراف النزاع الرجوع عن عقد التحكيم قبل الشروع فيه.

وجه ذلك:

أولاً: إنه كالمقلد من جهتهما، فلا يحكم إلا برضاهما، فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما، كما أن المقلد من جهة الإمام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس[٥].

ثانياً: قالوا التحكيم من الأمور الجائزة من غير لزوم، فيستبد أحدهما بنقضه كما في المضاربات، والشركات، والوكالات[٦].

وعليه نوافق فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، قولهم: إنه يحق لكل طرف من أطراف النزاع الرجوع عن عقد التحكيم قبل الشروع فيه- أي قبل البدء في إجراءات التحكيم- إذ لا يترتب على الرجوع قبل الشروع أي ضرر على أي من العاقدين.

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٠٨ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٩٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٧.

(2) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص٥٢ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص١٢٠.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٩ والبكري، إعانة الطالبين، ج٤، ص٢٢١ والنووي، روضة الطالبين، ج١١، ص١٢٢ والشرواني، حواشي الشرواني، ج١٠، ص١١٨.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٠٩ وشرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٤٩٥ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧ والكافي، ج٤، ص٤٣٦ والمرداوي، الإنصاف، ج١١، ص١٩٩.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٩٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٠٨.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٩٣ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٤٢٩ والبهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٠٩ وشرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٤٩٥ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد التحكيم بعد الشروع فيه وقبل تمامه

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد التحكيم بعد الشروع فيه وقبل تمامـه، **وسـبب الخـلاف** يرجع إلى اختلافهم في اشتراط استدامة الرضا من ابتداء التحكيم إلى تمام الحكم، فمـن ذهـب إلـى اشتراط استدامة الرضا من ابتداء التحكيم إلى تمام الحكم، أجاز الرجـوع، ومـن ذهـب إلـى عـدم اشتراطه، لم يجز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقول: اختلف الفقهاء في اشتراط استدامة الرضا من ابتـداء التحكيم إلى تمام الحكم على قولين:

القول الأول: اشتراط استدامة الرضا من ابتداء التحكيم إلى تمام الحكم، فيكون لكل طـرف مـن أطراف النزاع الرجوع عن عقد التحكيم ما لم يصدر الحكم من قبل المحكم، وهـو قـول الحنفيـة[١]، والشافعية[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣]، وقول سحنون من المالكية[٤].

وجه ذلك:

أولاً: إن الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع[٥].

يجاب عنه: إن الحكم وإن لم يتم- أي لم يصدر- إلا أن الشروع قد حصل بالسير في إجـراءات التحكيم، فافترقا.

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٠٨ والزيلعي، تبيـين الحقـائق، ج٤، ص١٩٣ والحـصكفي، الـدر المختار، ج٥، ص٤٢٩ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٧ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٩ والنووي، روضة الطالبين، ج١١، ص١٢٢ والبكري، إعانـة الطـالبين، ج٤، ص٢٢١ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٥٨٩.

(3) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧ والكافي، ج٤، ص٤٣٦ والمرداوي، الإنصاف، ج١١، ص١٩٩.

(4) المواق، التاج والإكليل، ج٦، ص١٢٠.

(5) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧.

ثانياً: لأنه كالمقلد من جهتهما، فلا يحكم إلا برضاهما، فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما، كما أن المقلد من جهة الإمام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس[١].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن القاضي الذي ولاه الإمام له أن يقيم حداً، أو قصاصا، وله ترسيم*، وليس ذلك للمحكم[٢]، فافترقا.

ثالثاً: لأنه صار حكماً لرضاه به، فاعتبر دوام الرضا[٣].

يجاب عنه: إنهم رضوا بحكم الحكم ابتداء.

القول الثاني: عدم اشتراط الرضا بعد الشروع في التحكيم إلى تمامه، فليس لأحد أطراف النزاع الرجوع عن عقد التحكيم بعد الشروع فيه، وقبل تمامه، وهو قول المالكية[٤]، والمذهب عند الحنابلة[٥].

غير أن المالكية مع قولهم بعدم اشتراط استدامة الرضا بعد الشروع في عقد التحكيم إلى تمامه، أجازوا الرجوع عن عقد التحكيم بعد الشروع فيه، بشرط أن يكون الرجوع من الخصمين معاً.

جاء في الشرح الكبير ما نصه:" هل يشترط لنفوذ الحكم دوام رضاهما به حتى يحكم؟ ... لا يشترط، فليس لأحدهما رجوع قبل الحكم ولو رجع لم ينفعه رجوعه، وأما لو رجعا معاً فلهما ذلك، وليس له أن يحكم، ولا يمضي إن حكم "[٦].

وجه ذلك:

أولاً: إنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع، فبطل المقصود به[٧].

ثانياً: قياساً على الموكل، بجامع أن ليس له الرجوع بعد صدور ما وكل فيه من وكيله[٨].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٩٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٠٨.

* **الترسيم:**" هو أن يعوقه بمكان من الأمكنة، أو يقام عليه حافظ، أو يأمر غريمه بملازمته". انظر: ابن القيم، أبو عبدا محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، ت:(٧٥١هـ). الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: الدكتور محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، ص١٤٩. **تنبيه:** كأن الترسيم يقابل السجن في وقتنا الحاضر.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٩ والشرواني، حواشي الشرواني، ج١٠، ص١١٨ والنووي، روضة الطالبين، ج١١، ص١٢٢.

(3) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧ والكافي، ج٤، ص٤٣٦.

(4) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص١٤٠، ١٤١ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص١٢٠.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٠٩ المرداوي، الإنصاف، ج١١، ص١٩٩ ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧ والكافي، ج٤، ص٤٣٦.

(6) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص١٤٠، ١٤١.

(7) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧ والكافي، ج٤، ص٤٣٦.

(8) البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٠٩.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول بعدم جواز الرجوع عن عقد التحكيم بعد الشروع فيه، وقبل تمامه، إلا بشرط أن يتفـق الخـصمان معـاً علـى الرجوع؛ ذلك لأن إطلاق القول بجواز الرجوع لكل طرف من أطراف النزاع، يفسد مقصود التحكـيم، إذ يرجع كل من لاحظ أن سير التحكيم على خلاف مصلحته، فلا يستوي القول بـالتحكيم مـع عـدم اللزوم.

المطلب الثالث

حكم الرجوع في عقد التحكيم بعد صدور الحكم

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد التحكيم بعد صدور الحكم، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في اشتراط الرضا بعد الحكم، فمن ذهب إلى اشتراط الرضا بعد الحكم أجاز الرجوع، ومن ذهب إلى عدم اشتراطه لم يجز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في اشتراط الرضا بعد صدور الحكم على قولين:

القول الأول: لا يشترط الرضا بعد صدور الحكم، فليس لأحد أطراف النزاع الرجوع عن عقد التحكيم بعد صدور الحكم، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)]، والحنابلة[(٣)] والقول الأظهر عند الشافعية[(٤)]، وبه قال الظاهرية[(٥)].

وجه ذلك: استدلوا بالسنة، والقياس:

أولاً: من السنة النبوية الشريفة:

ما روي عنه- صلى الله عليه وسلم- أنه قال:" من حكم بين اثنين تحاكما إليه، وارتضيا به، فلم يعدل بينهما بالحق، فعليه لعنة الله"[(٦)].

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٠٨ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٩٣ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٤٢٩ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص١٤٠، ١٤١ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١٤٠ والحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص١١٣.

(3) البهوتي،كشاف القناع، ج٦، ص٣٠٩وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧ والمرداوي، الإنصاف، ج١١، ص١٩٧.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٩ والشيرازي، المهذب، ج٢، ص٢٩١ والنووي، روضة الطالبين، ج١١، ص١٢٢ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٥٨٩.

(5) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٤٣٥.

(6) أخرجه ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، ت:(٨٥٢هـ). تلخيص الحبير، تحقيق: السيد هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة -على ساكنها أفضل الصلاة وأتم التسليم-، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م، كتاب: القضاء، ج٤، ص١٨٥، حديث رقم:(٢٠٨٤) واخرجه ابن الملقن، عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، ت(٨٠٤). خلاصة البدر المنير، الطبعة الأولى، تحقيق: حمدي عبدالحميد إسماعيل السلفي، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤١٠هـ، كتاب: القضاء، ج٢، ص٤٢٧، حديث رقم:(٢٨٤٦)، **الحكم عليه:** قال ابن حجر:" من حكم بين اثنين تراضيا به، فلم يعدل، فعليه لعنة الله، ابن الجوزي في التحقيق، قال: ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبدالله بن جراد فذكره، وتعقبه صاحب التنقيح، فقال: هي نسخة باطلة، كما صرح هو به في الموضوعات، وبالغ في الحط على الخطيب؛ لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب التحقيق ". انظر: ابن حجر، تلخيص الحبير، ج٤، ص١٨٥ وقال عنه ابن الملقن:" غريب ".

وجه الدلالة: لولا أن حكمه يلزمهما؛ لما لحقه هذا الذم[١].

يجاب عنه: إنه حديث ضعيف[٢]، لا يصح الاحتجاج به في إثبات الأحكام الشرعية.

ثانياً: من القياس

قياساً على القاضي الذي ولاه الإمام، بجامع أنَ من جاز حكمه لزم حكمه[٣].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن القاضي الذي ولاه الإمام له أن يقيم حداً، أو قصاصا، وله ترسيم، وليس ذلك للمحكم[٤]، فافترقا.

القول الثاني: يشترط الرضا بعد صدور الحكم، وعليه يحق لكل طرف من أطراف النزاع الرجوع عن عقد التحكيم بعد صدور الحكم، وهو القول الثاني عند الشافعية[٥]، وبه قال المزني[٦].

وجه ذلك:

أولاً: إن في ذلك عزلاً للقضاة، وافتياتاً على الإمام[٧].

يجاب عنه: إنه ليس فيه عزل للقضاة، ولا افتيات على الإمام، إذ ليس للمحكم أبهتهم*، وليس له أن يقيم حداً، أو قصاصا، وليس له ترسيم[٨].

انظر: ابن الملقن، خلاصة البدر المنير، ج٢، ص٤٢٧.

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٠٩ وابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧ وابن مفلح، المبدع، ج١٠، ص٢٦.

(2) ابن حجر، تلخيص الحبير، ج٤، ص١٨٥ وابن الملقن، خلاصة البدر المنير، ج٢، ص٤٢٧ وانظر: هامش رقم:(٦) في الصفحة السابقة من هذه الرسالة.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٩٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٠٨ والشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٩ والشيرازي، المهذب، ج٢، ص٢٩١ والبهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٠٨.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٩ والشرواني، حواشي الشرواني، ج١٠، ص١١٨ والنووي، روضة الطالبين، ج١١، ص١٢٢.

(5) النووي، روضة الطالبين، ج١١، ص١٢٢ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٥٨٩ والشيرازي، المهذب، ج٢، ص٢٩١.

(6) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص٢٩١.

(7) المرجع السابق، ج٢، ص٢٩١.

* **أبهتهم:**" أي فخرهم، وشرفهم، وعظمتهم ". انظر: الشرواني، حواشي الشرواني، ج١٠، ص١١٨.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٩ والشرواني، حواشي الشرواني، ج١٠، ص١١٨ والنووي، روضة الطالبين، ج١١، ص١٢٢.

ثانياً: قالوا: لأنه اعتبر تراضيهما في أصل الحكم، اعتبر رضاهما في لزوم الحكم(1).

يجاب عنه: إنهم رضوا بحكم الحكم ابتداء.

ثالثاً: قالوا: إن الحكم لا يلزمه إلا بالرضا به، ولا يكون الرضا إلا بعد العلم بحكمه(2).

يجاب عنه بمثل ما أجيب به عن سابقه: إنهم رضوا بحكم الحكم ابتداء.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول بعدم جواز الرجوع عن عقد التحكيم بعد صدور الحكم؛ لأن القول بجواز الرجوع بعد صدور الحكم يؤدي إلى أن لا يكون هناك تحكيم، إذ لن يرضى عن التحكيم كل من لم يوافقه الحكم، فالقول بجواز الرجوع عـن عقد التحكيم بعد صدور الحكم يتنافى ومقصوده.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص٣٧٩ والشيرازي، المهذب، ج٢، ص٢٩١.

(2) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص١٣٧.

الفصل الثالث

حكم الرجوع في عقود المشاركات المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

الرجوع في عقد الشركة(١)

---

(1) **الشركة لغة:**

مأخوذة من شرك، وهي: مخالطة الشريكين، يقال: أشرك فلاناً فلاناً في البيع إذا أدخله مع نفسه فيه. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: شرك، ج١٠، ص٤٤٨، ٤٥٠.

الشركة اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها:" عقد بين المتشاركين في الأصل والربح ". انظر: الحصكفي، الدر المختار، ج٤، ص٤٩٩.

عرفها المالكية بأنها:" إذن في التصرف لهما مع أنفسهما ". انظر: المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص١١٧.

وفصل ابن عرفة في تعريف الشركة، فقال:" الشركة الأعمية- أي بالمعنى العام- تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط. **والأخصية**– أي بالمعنى الخاص- بيع مالك كل بعضه ببعض الآخر يوجب صحة تصرفهما في الجميع ". انظر: المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص١١٧ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١١٨ والنفراوي، الفواكه الدواني ج٢، ص١١٩.

عرفها الشافعية بأنها:"عقد يقتضي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع ". انظر: البجيرمي، سلمان بن عمر بن محمد، ت:(١٢٢١هـ). حاشية البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، ج٣، ص٤٢ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢١١ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٠٤ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٦٩.

عرفها الحنابلة بأنها:" الاجتماع في استحقاق، أو تصرف ". انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٤٠٧ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣.

عرفها الظاهرية بقولهم:" أن يخرج أحدهما مالاً والآخر مالاً مثله من نوعه، أو أقل منه، أو أكثر، فيخالطا المالين حتى لا يميز أحدهما ماله من الآخر، ثم يكون ما ابتاعا بذلك المال على قدر حصصهما فيه، والربح بينهما كذلك، والخسارة عليهما كذلك ". انظر: ابن حزم، المحلى، ج٨، ص١٢٤.

عرفها من المعاصرين إبراهيم عبد الحميد، فقال الشركة:" عقد بين اثنين فأكثر يقتضي إذن الجميع، أو بعضهم في التصرف للجميع، على أن يكون الربح بينهما جميعاً ". انظر: الموسوعة الفقهية، الطبعة التمهيدية، موضوع٩، ص٣٥.

* **إبراهيم عبد الحميد**: هو الذي كتب مصطلح الشركة في الموسوعة الفقهية. أفادنا بذلك استاذنا الدكتور محمد نعيم ياسين، نفعنا الله به وبكم، آمين.

عرفها القانون المدني الأردني في المادة (٥٨٢) بأنها:" عقد يلتزم بمقتضاه شخصان، أو أكثر، بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال،أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع،أو اقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح، أو خسارة ".

تمهيد:

مشروعية الشركة:

ثبتت مشروعية الشركة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: وإن كثيراً من الخُلطاء ليبغي بعضهم على بعضٍ إلا الذين آمنُوا وعمِلُوا الصالِحاتِ وقليلٌ ما هم[(١)].

وجه الدلالة:

دلت الآية بمفهومها على جواز عقد الشركة، حيث ذهب كثير من المفسرين إلى أن لفظ الخلطاء الوارد في الآية يعني: الشركاء[(٢)].

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: ما رواه أبو هريرة - رضي ا عنه- مرفوعاً إلى النبي- صلى ا عليه وسلم- قال:" إن ا يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان خرجت من بينهما "[(٣)].

وجه الدلالة:

حث الحديث على التشارك مع عدم الخيانة وتحذير منه معها[(٤)]، والحث لا يكون إلا على أمر جائز ومشروع، فيثبت بذلك مشروعية عقد الشركة.

---

(1) سورة ص، الآية:٢٤.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، ج٥، ص٢٥٥ والطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد، ت:(٣١٠هـ). تفسير الطبري، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ، ج٢٣، ص١٤٥ والقرطبي، تفسير القرطبي، ج١٥، ص١٧٩ والشوكاني، فتح القدير، ج٤، ص٤٢٦.

(3) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: الشركة، ج٣، ص٢٥٦، حديث رقم:(٣٣٨٣) وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الشركة، باب: الأمانة في الشركة، وترك الخيانة، ج٦، ص٧٨، حديث رقم:(١١٢٠٦) وأخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: البيوع، ج٢، ص٦٠، حديث رقم:(٢٣٢٢)، **لفظ الحديث:** متفق عليه، **الحكم على الحديث،** قال الحاكم:" هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ". انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٢، ص٦٠.

(4) الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام، الطبعة الرابعة، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، ١٣٧٩هـ، ج٣، ص٦٤.

ثانياً: ما ثبت عن السائب بن أبي السائب- رضي الله عنه-:" أنه كان شريك النبي- صلى الله عليه وسلم- في أول الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح، قال: مرحباً بأخي وشريكي لا يداري، ولا يماري "(١).

وجه الدلالة:

قال الصنعاني:" الحديث دليل على أن الشركة كانت ثابتة قبل الإسلام، ثم قررها الشارع على ما كانت "(٢)، والإقرار وجه من وجوه السنة.

الإجماع:

انعقد الإجماع على مشروعية وجواز عقد الشركة من لدن سيدنا محمد- صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا من غير نكير يذكر، قال ابن قدامة:" أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواعها "(٣).

المعقول:

قال الكاساني في بدائعه:" شرعت الشركة لاستنماء المال بالتجارة؛ لأن نماء المال بالتجارة، والناس في الاهتداء إلى التجارة مختلفون، بعضهم أهدى من بعض، فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء "(٤).

---

(1) أخرجه النسائي، السنن الكبرى، ذكر اختلاف الأخبار في قول سيدنا وسيدي، ما يقول للقادم إذا قدم عليه، ج٦، ص٨٦، حديث رقم:(١٠١٤٤) وأخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: البيوع، ج٢، ص٦٩، حديث رقم:(٢٣٥٧) وأخرجه ابن أبي شيبة بلفظ:" أنه كان يشارك الرسول صلى الله عليه وسلم قبل الإسلام في التجارة ". مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: المغازي، حديث فتح مكة، ج٧، ص٤٠٩، ٤١٠، حديث رقم:(٣٦٩٤٨)، **لفظ الحديث:** للحاكم، **الحكم على الحديث،** قال الحاكم:" هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه". انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٢، ص٦٩.

(2) الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٦٤.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣ وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٥٨ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٢٢ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١١٩ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢١١.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٥٨.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الشركة

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] أن عقد الـشركة مـن العقود الجائزة غير اللازمة لكلا العاقدين، لكل منهما الرجوع، والانفصال عنه متـى شـاء، بإرادتـه المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر.

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على الوكالة[٥]، بجامع أن الشركة تتضمن الوكالة، وللموكل عزل وكيله متى شاء؛ لأنه متصرف في مال الغير بإذنه.

ثانياً: الشركة من العقود الجائزة، فيكون لدوامها حكم ابتدائها[٦].

غير أن الحنفية، والحنابلة مع قولهم أن عقد الشركة من العقود الجائزة غيـر اللازمـة، إلا أنهـم شرطوا* لجواز الرجوع شرطين: الأول خاص بالحنفية، والثاني: للطحاوي من الحنفية، ورواية عنـد الحنابلة:

---

(1)الكاساني،بدائع الصنائع،ج٦،ص٧٧والزيلعي،تبيين الحقائق،ج٣،ص٣٢٣والحصكفي،الدرالمختار،ج٤،ص٣٢٧،٣٢٨.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٢٢ وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٩٢.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢١٥ والنووي، روضة الطالبين، ج٤، ص٢٨٣ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٤٤ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٤٨.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٦ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢١٠ وابن قدامة، المغنـي، ج٥، ص١٥ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٤٤٥.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٧ والشربيني، مغني المحتـاج، ج٢، ص٢١٥والنووي، روضة الطالبين،ج٤،ص٢٨٣والبهوتي، كشاف القناع،ج٣، ص٥٠٦ وابن قدامة،المغني،ج٥، ص١٥.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٣.

* **الشرط لغـةً:** إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع: شروط، والاشتراط: العلامة التي يجعلها الناس بيـنهم. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: شرط، ج٧، ص٣٢٩.

الشرط اصطلاحاً: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، كالإحصان الذي هو شرط وجوب رجم الزاني، فإن وجوب الرجم ينتفي بانتفاء الإحصان، فلا يرجم إلا محصن، وكالحول الذي هو شرط وجوب الزكاة، ينتفي وجوبها لانتفائه، فلا تجب إلا بعد تمام الحول. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابـدين، ج١، ص٩٤ والقرافـي، الذخيرة، ج١، ص٦٩ والشربيني، مغني المحتاج، ج١، ص١٨٤ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٨٨ والدمـشقي، عبد القادر بن بدران، ت:(١٣٤٦هـ). المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية، عـدد الأجـزاء:(١)، تحقيق: الدكتور عبدا بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٠١هـ، ص١٦٢.

الأول: أن يكون الفسخ بعلم الشريك الآخر، هذا الشرط انفرد به الحنفية[١]، خلافاً للشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على الوكالة، إذ إن الشركة تتضمن الوكالة، وعلم الوكيل بالعزل شرط لجواز العزل[٤].

ثانياً: الفسخ - أي الرجوع عن عقد الشركة- من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه[٥].

الثاني: أن يكون رأس المال عيناً- أي ناضاً*- فلو كان رأس مال الشركة عند الفسخ عروضاً، لا يصح الفسخ، وهو قول الطحاوي من الحنفية على خلاف المذهب[٦]، ورواية عند الحنابلة، نسبها البهوتي في كشاف القناع للقاضي، وظاهر الرواية أنه ينعزل مطلقاً، وإن كان رأس المال عرضاً[٧].

وجه ذلك:

قياساً على المضاربة، في عدم جواز فسخها ورأس مالها عروضاً[٨].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ " لأن الشركة وكالة، والربح يدخل ضمناً، في حين حق المضارب أصلي "[٩]، فافترقا.

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص١٩٩ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٧.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢١٥، ٣١٩.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٦.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٧.

(5) المرجع السابق، ج٦، ص٧٧.

(6) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص١٩٩ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٧ والحصكفي، الدر المختار، ج٤، ص٣٢٧، ٣٢٨ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٢٧.

* **نضوض المال:**" خلوص المال ورجوعه عيناً كما كان ". انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥٣٥.

قال البهوتي:" نض المال: أي صار مثل حالة وقت العقد عليه دنانير، أو دراهم ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٦.

(7) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٦ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢١٠ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٣٠٠ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٥٠٢.

(8) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص١٩٩ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٦ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٥٠٢ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٣٠٠.

(9) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٦ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٣٠٠ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٥٠٢.

المطلب الثاني

موانع الرجوع في عقد الشركة

من تتبع آراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الشركة، يتبين ما يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع عن هذا العقد:

أولاً: عدم علم الشريك الآخر بالفسخ، يعَد مانعاً من الرجوع عند الحنفية[١] خلافاً للشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

ثانياً: إذا كان رأس مال الشركة عند الفسخ عروضاً، يعَد مانعاً من الرجوع، عند الطحاوي من الحنفية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص١٩٩ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٧ وانظر: ص١٣٣من هذه الرسالة.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢١٥، ٣١٩.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٦.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص١٩٩ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٧ والحصكفي، الدر المختار، ج٤، ص٣٢٧، ٣٢٨ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٢٧ وانظر: ص١٣٣ من هذه الرسالة.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٦ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٣٠٠ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٥٠٢، وانظر: ص١٣٣ من هذه الرسالة.

المبحث الثاني

الرجوع في عقد المضاربة(١)

تمهيد: مشروعية المضاربة

ثبتت مشروعية المضاربة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

أولاً: قوله تعالى: وآخَرون يضربون فِي الأرض يبتَغُون مِن فَضل اللهِ (٢).

وجه الدلالة: يضربون في الأرض، أي يسافرون للتجارة؛ لأن المضارب يسير في الأرض غالباً لطلب الربح(٣).

---

(1) **المضاربة لغةً**:

مفاعلة من ضرب في الأرض إذا سار فيها. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة ضرب، ج١، ص٥٤٤.

* المضاربة بهذا الاسم تسمية أهل العراق، مأخوذة من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة، وسماها أهل الحجاز قراضاً، فقيل: هي من القرض بمعنى القطع، فكأن رب المال اقتطع قطعة وسلمها إلى العامل واقتطع له قطعة من ربحها. انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني، ج٣، ص٤٣٦ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٠٩ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٨٥ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٧.

المضاربة اصطلاحاً

عرفها الحنفية بأنها:" عقد شركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر". انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٥٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٨٦.

عرفها المالكية بأنها:" توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما ". انظر: خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المالكي، ت:(٧٦٧هـ). مختصر خليل، عدد الأجزاء(١)، تحقيق: أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ، ص٢٣٨ والدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥١٧، ٥١٨.

عرفها الشافعية بقولهم:" القراض، والمضاربة أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، والربح مشترك بينهم ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ٣٠٩، ٣١٠ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٧٩.

عرفها الحنابلة بأنها:" دفع مال لمتجر به ببعض ربحه ". انظر: البهوتي، الروض المربع، ج٢، ص٢٦٨ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٢٨٨ وابن بلبان، محمد بن بدر الدمشقي، ت(١٠٨٣هـ). أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ، ص١٨٣ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٣٧٣.

عرفها القانون المدني الأردني في المادة (٦٢١) بأنها:" عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال، والمضارب بالسعي، والعمل ابتغاء الربح ".

(2) سورة المزمل، الآية:٢٠.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٢٧٦.

ثانياً: قوله تعالى: فَإِذَا قُضِيتِ الصلاةُ فَانتَشِروا فِي الأَرض وابتَغُوا مِن فَضل اللهِ [(١)].

وجه الدلالة:

قال القرطبي في تفسير قوله تعالى: وابتغوا من فضل ا ، أي من رزقه[(٢)]، والمضاربة فـي أصلها ما هي إلا انتشار في الأرض لطلب الرزق.

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: ما أخرجه ابن ماجة عن عبد الرحمن بن داود، عن صالح بن صهيب، عن أبيه، قال: قـال رسول ا - صلى ا عليه وسلم-:" ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضـة، وخلـط البـر بالشعير للبيت لا للبيع "[(٣)].

وجه الدلالة:

إضافته- صلى ا عليه وسلم-البركة للمقارضة دليل على جوازها، إذ لا تكون البركة في محرم.

ثانياً: ما روي عن ابن عباس- رضي ا عنهما- قال:" كان العباس بن عبد المطلب – رضي ا عنه- إذا دفع مالاً مضاربة، اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل، فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول ا ، فأجازه "[(٤)].

وجه الدلالة:

إجازة النبي- صلى ا عليه وسلم- وإقراره لشرط عمه العباس- رضي ا عنه- دليـل علـى جواز المضاربة، إذ الإقرار وجه من وجوه السنة، وهو لا يكون إلا على أمر جائز مشروع.

---

(1) سورة الجمعة، الآية:١٠.

(2) القرطبي، تفسير القرطبي، ج١٨، ص١٠٨.

(3) أخرجه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب: التجارات، باب: الـشركة والمـضاربة، ج٢، ص٧٦٨، حـديث رقـم: (٢٢٨٩)، **الحكم على الحديث:** قال الكناني:" هذا إسناد ضعيف، صالح بن صهيب مجهول، وعبدالرحمن بن داود حديثه غير محفوظ، قاله العقيلي، ونصر بن القاسم، قال البخاري: لا، حديثه موضوع ". انظر: الكناني، أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل، ت:(٨٤٠هـ). مصباح الزجاجة، الطبعة الثانية، تحقيق: محمد المنتقى الكـشناوي، دار العربيـة، بيـروت، لبنان، ١٤٠٣هـ، ج٣، ص٣٧.

(4) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: القراض، ج٦، ص١١١، حديث رقم:(١١٣٩١) وأخرجه الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب: البيوع، ج٣، ص٧٨، حديث رقم:(٢٩٠)، **لفظ الحديث:** متفق عليه، **الحكم على الحديث:** قـال الهيثمي:" رواه الطبراني في الأوسط، وفيه أبو الجارود الأعمى، وهو متروك كذاب ". انظر: الهيثمي، مجمع الزوائـد، ج٤، ص١٦١، وقال الدارقطني بعد أن خرج الحديث:" أبو الجارود ضعيف ". انظر: الدارقطني، سنن الدارقطني، ج٣، ص٧٨.

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز المضاربة، وقد نقل الإجماع على جواز المضاربة غير واحد منهم الكاساني حيث قال:" على هذا – أي المضاربة- تعامل الناس من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد، وإجماع كل عصر حجة، فترك به القياس"[(١)].

المعقول:

الحاجة داعية إليها، قال الكاساني معللاً لمشروعية المضاربة من المعقول:" إن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة؛ لأن الإنسان قد يكون له مال، لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم "[(٢)].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٩ وانظر: الزرقاني، شرح الزرقاني، ج٣، ص٤٣٧ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٩٩ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٧ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٦ وابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٤٧.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٩ وانظر: البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص١٤٥ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٠٧.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد المضاربة

لبيان حكم الرجوع في عقد المضاربة لا بد من التفرقة بين حالتين، الأولى: حكم الرجـوع قبـل الشروع في العمل، والثانية: حكم الرجوع بعد الشروع، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين فـي الفـرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد المضاربة قبل الشروع في العمل

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] أن عقد المضاربة مـن العقود الجائزة غير اللازمة لكلا العاقدين في هذه المرحلة - مرحلة ما قبل الشروع في العمل - لكـل من العاقدين – العامل، ورب المال- الرجوع عنها، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر.

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على الوديعة، والوكالة، بجامع أن كلاً منهما- أي المودع، والوكيـل، والمـضارب - متصرف في مال الغير بإذنه[٥].

ثانياً: القراض في ابتدائه وكالة، وفي انتهائه إما شركة، وإما جعالة، وكلها عقود جائزة[٦].

غير أن المالكية مع قولهم أن عقد المضاربة من العقود الجائزة غير اللازمة لأحد من العاقـدين قبل الشروع في العمل، إلا أن لهم تفصيلاً في ذلك يمكن إيضاحه على النحو التالي:

قالوا: يكون لرب المال فقط الفسخ، إن تزود العامل من مال المضاربة ولم يرحـل، فـإن تـزود العامل من مال نفسه، كان جائزاً في حقه له فسخه، وليس ذلك لرب المال، إلا أن يـدفع رب المـال للعامل ما غرمه في الزاد[٧].

وجه ذلك: دفع الضرر[٨].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٠٩ والسرخسي، المبسوط، ج٢٢، ص١٥٠.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥٣٥ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٥٣٥ وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٨١.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣١٩ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٨٨والشرواني، حواشي الشرواني، ج٦، ص١٠٠.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨ والكافي، ج٢، ص٢٨٠.

(5) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٨٨ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣١٩.

(7)الدردير الشرح الكبير،ج٣، ص٥٣٥والدسوقي،حاشيةالدسوقي،ج٣،ص٥٣٥والنفراوي،الفواكه الدواني،ج٢، ص١٢٢

(8) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٨١.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد المضاربة بعد الشروع في العمل

اختلاف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المضاربة بعد الشروع في العمل على قولين:

القول الأول: عقد المضاربة عقد جائز غير لازم بعد الشروع في العمل، كما هو قبل الشروع، لكل من العاقدين- العامل، ورب المال- الرجوع عنه بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على الوديعة، والوكالة، بجامع أن كلاً منهما- أي المودع، والوكيل، والمضارب- متصرف في مال الغير بإذنه[٤].

ثانياً: القراض في ابتدائه وكالة، وفي انتهائه إما شركة، وإما جعالة، وكلها عقود جائزة[٥].

غير أن الحنفية مع قولهم أن عقد المضاربة من العقود الجائزة غير اللازمة، إلا أنهم شرطوا لجواز الرجوع شرطين[٦]:

الأول: أن يكون الفسخ بعلم الطرف الآخر، هذا الشرط انفرد به الحنفية[٧]، خلافاً للشافعية[٨]، والحنابلة[٩].

وجه ذلك: أولاً: قياساً على الوكالة، إذ إن الشركة تتضمن الوكالة، وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل، فكذا الوكالة التي تضمنته الشركة "[١٠].

ثانياً: الفسخ - أي الرجوع عن عقد المضاربة - من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه[١١].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٠٩ والسرخسي، المبسوط، ج٢٢، ص١٥٠.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣١٩ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٨٨ والشرواني، حواشي الشرواني، ج٦، ص١٠٠.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨ والكافي، ج٢، ص٢٨٠.

(4) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٨٨ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣١٩.

(6) **قال الكاساني:**" وأما صفة هذا العقد- أي عقد المضاربة- فهو أنه عقد غير لازم، ولكل واحد منهما أعني رب المال، والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه، وهو علم صاحبه، ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم، أو دنانير ". انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٠٩.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٠٩.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣١٩.

(9) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٥٠٢.

(10) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٧.

(11) المرجع السابق، ج٦، ص٧٧ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٢٨.

الثاني: أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ، هذا الشرط اشـترطه الحنفيـة[1]، وافقهـم عليـه المالكية[2].

وجه اشتراط الحنفية لأن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ في المضاربة دون الشركة:

فرقوا - أي الحنفية- بين الشركة، والمضاربة، فقالوا:" إن مال الشركة في أيديهما معاً، وولايـة التصرف إليهما جميعاً، فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان، أو عرضـاً، بخـلاف المضاربة، فإنه بعد ما صار عرضاً ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه، وهو المنفرد بالتصرف، فلا يملك رب المال نهيه "[3].

القول الثاني: لزوم عقد المضاربة بعد الشروع في العمل إلى حين تنضيض العروض، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنها، بإرادته المنفردة، ما دام رأس المال عروضاً، وهو قول المالكية[4].

وجه ذلك: دفع الضرر[5].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، وما استدلوا به من أدلة في حكم الرجوع في عقد المـضاربة، سـواء أكان قبل الشروع في العمل، أم بعده، نوافق جمهور الفقهاء القول بكون عقد المضاربة عقـداً جـائزاً غير لازم قبل الشروع في العمل، لكلا العاقدين – العامل، ورب المال- الرجوع عنـه، إذ لا يترتـب على الرجوع قبل الشروع في العمل أي ضرر على أي منهما.

كذلك نوافقهم القول بكون عقد المضاربة عقداً جائزاً غير لازم بعد الشروع فـي العمـل، لكـلا العاقدين الرجوع عنه، أما من جهة رب المال؛ فلأن العامل متصرف في مال الغير بإذنه، فله عزلـه متى شاء، وأما من جهة العامل؛ فلأن إلزام العامل بهذا العقد رغم إرادته لا يتفق ومصلحة هذا العقد، لكن هذا القول ليس على إطلاقه، فلا بد من تقييده بشرط العلم بالفسخ؛ لدفع الضرر عن العاقدين.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٠٩ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص١٩٩ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٢٨.

(2) **قال الدردير:**" إن عمل فيه في الحضر، أو ظعني، فلنضوضه، وليس لأحدهما قبل النـضوض كـلام ". الـدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥٣٥ وانظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٥٣٥ والنفـراوي، الفواكـه الـدواني، ج٢، ص١٢٢.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٦، ص١٩٥ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٢٧.

(4) **قال ابن رشد:**" اختلفوا إذا شرع العامل، فقال مالك: هو لازم ". ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٨١ وانظـر: الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥٣٥ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٢٢.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٨١.

المطلب الثاني

موانع الرجوع في عقد المضاربة

من تتبع آراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المضاربة، وما اشترطوا لجوازه من شروط، يتبين ما يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع عن هذا العقد:

أولاً: عدم علم الطرف الآخر بالفسخ، يعَد مانعاً من الرجوع عند الحنفية[(١)]، خلافاً للشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)].

ثانياً: إذا كان رأس مال المضاربة عند الفسخ عروضاً، يعَد مانعاً من الرجوع عند الحنفية[(٤)]، والمالكية[(٥)].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٧٧، ١٠٩ وانظر: ص١٣٩ من هذه الرسالة.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣١٩ وانظر: ص١٣٩ من هذه الرسالة.

(3) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٥٠٢ وانظر: ص١٣٩ من هذه الرسالة.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٠٩ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص١٩٩ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٢٨ وانظر: ص١٤٠ من هذه الرسالة.

(5) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥٣٥ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٥٣٥ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٢٢ وانظر: ص١٤٠من هذه الرسالة.

المبحث الثالث

الرجوع في عقد المزارعة[١]

تمهيد: مشروعية عقد المزارعة: اختلف الفقهاء في مشروعية عقد المزارعة على قولين، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اشتباه وتعارض الأخبار والآثار عن رسول ا - صلى ا عليه وسلم-[٢].

القول الأول: جواز ومشروعية عقد المزراعة، وهو قول المالكية[٣]، والحنابلة[٤]، والصاحبين من الحنفية[٥]، وعلى قولهما الفتوى[٦]، والشافعية في قول[٧]، والظاهرية[٨]، مستدلين لذلك، بالسنة، والإجماع، والقياس، والمعقول:

---

(1) **المزارعة لغةً:** من زرع الحب يزرعه زرعاً، وزراعة: بذره، والزرع: الإنبات، يقال: زرعه ا أي أنبته. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: زرع، ج٨، ص١٤١ والرازي، مختار الصحاح، باب: الزاي، ج١، ص١١٤.

المزارعة اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها:" عقد على الزرع ببعض الخارج ". انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٥٣ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص١٨١ والحصكفي، الدر المختار، ج٦، ص٢٧٤ وأضاف الكاساني على التعريف السابق عبارة:" بشرائطه الموضوعة له شرعاً ". انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٥.

وعرفها المالكية بأنها:" الشركة في الزرع ". انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٧٢ وابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٨٥ **وعرفها الشافعية، فقالوا:**" هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك ".

بهذا التعريف فرق الشافعية بين المزارعة والمخابرة، بكون البذر في المزارعة من المالك، والبذر في المخابرة يكون من العامل. انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٥، ص١٦٨ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٣، ٣٢٤.

وعرفها الحنابلة بأنها:" دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه، أو مزروع لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصل ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٢ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٣٣، ٢٣٤ والروض المربع، ج٢، ص٢٨٩ **وعرفها القانون المدني الأردني في المادة (٧٢٣) بأنها:**" عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض وآخر يعمل في استثمارها على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص التي يتفقان عليها ".

(2) السرخسي، المبسوط، ج٢٣، ص٩ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٧٥.

(3) العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٢٧٨ وابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٨٥.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٢ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٣٤ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٤١

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٥ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٥٣ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص١٨١ وأبي اليمن إبراهيم بن محمد الحنفي، (المعروف بابن الشحنة)، ت:(٨٨٢هـ). لسان الحكام في معرفة الأحكام، الطبعة الثانية، عدد الأجزاء:(١)، البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٩٣هـ/١٩٧٣م، ص٤٠٥.

(6) ابن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص٤٠٥.

(7) هذا القول رجحه واختاره النووي في الروضة حيث قال:" قال ابن سريج: تجوز المزارعة، قلت: قال بجواز المزارعة والمخابرة من كبار أصحابنا أيضاً ابن خزيمة، وابن المنذر، والخطابي....والمختار جواز المزارعة والمخابرة ". انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٥، ص١٦٨ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٩٩.

(8) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢١٠.

من السنة النبوية الشريفة: ما رواه ابن عمر- رضي ا عنهما-:" أن رسـول ا - صـلى ا عليه وسلم- عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع "[١].

وجه الدلالة: إن النبي- صلى ا عليه وسلم- دفع نخل خيبر معاملة، وأرضها مزارعة، وأدنـى درجات فعله-عليه الصلاة والسلام- الجواز[٢].

قال الصنعاني[٣]، والشوكاني[٤]، والمباركفوري[٥]:" الحديث دليل على جواز المزارعة ".

الإجماع: نقل الإجماع على جواز المزارعة غير واحد منهم ابن قدامة، فقال:" أجمـع الـصحابة - رضوان ا عليهم عليه- وعملوا به... ولم ينكر منهم منكر، فكان إجماعاً "[٦].

القياس: استدلوا بالقياس من ثلاثة وجوه:

أولاً: قياساً على الإجارة، بجامع أن المزارعة فيها معنى الإجارة؛ لأنها إمـا إجـارة الأرض، أو العامل، ببعض الخارج إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض، فهو مستأجر العامل ليعمل له في أرضه بما يعطيه من العوض، وهو بعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر، وإن كان البذر من العامل، فهو مستأجر الأرض ليزرعها ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر[٧].

ثانياً: قياساً على الشركة، بجامع أن المزارعة فيها معنى الشركة بين المتعاقدين، لكـون الخـارج مشتركاً بينهما على قدر ما سميا في العقد[٨].

ثالثاً: قياساً على المضاربة، بجامع أن الأرض عين تنمى بالعمل فيها، فجازت المعاملـة عليهـا ببعض نمائها، كالأثمان في المضاربة "[٩].

---

(1) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: المزارعة، باب: إذا لم يشترط السنين في المزارعة، ج٢، ص٨٢٠ حديث رقم:(٢٢٠٤) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجـزء من الثمر والزرع، ج٣، ص١١٨٦، حديث رقم:(١٥٥١)، **لفظ الحديث**: لمسلم.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٥.

(3) الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٧٨.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص٩.

(5) المباركفوري، أبو العلا محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم، ت:(١٣٥٣هـ). تحفة الأحوذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج٤، ص٤٢٩.

(6) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٤٢، ٢٤٣ وانظر: الكاساني، بـدائع الـصنائع، ج٦، ص١٧٥ والزيلعـي، تبيـين الحقائق، ج٥، ص٢٧٨ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٢ وابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٢٥.

(7) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٦٤ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٧٨.

(8) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(9) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٢ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٤٣.

المعقول:

الحاجة داعية إليها، قال ابن قدامة:" الحاجة داعية إلى المزارعة؛ لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرون على زرعها والعمل عليها، والأكرة يحتاجون إلى الزرع ولا أرض لهم، فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة "[١].

القول الثاني: عدم جواز عقد المزارعة، وهو قول الإمام أبي حنيفة[٢]، والإمام الشافعي[٣]، غير أنها تصح عند الإمام أبي حنيفة إذا كان البذر والآلات لصاحب الأرض والعامل، فيكون الصاحب مستأجراً للعامل، والعامل للأرض بأجر ومدة معلومتين، ويكون الخارج بينهما بالتراضي، وهذه حيلة زوال الخبث عنده[٤]، وكذلك الإمام الشافعي أجازها إذا كانت تبعاً للمساقاة[5]، مستدلين لذلك، بالسنة، والمعقول:

من السنة النبوية الشريفة:

ما رواه نافع ابن خديج - رضي الله عنه- قال:" كنا نحاقل الأرض على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم- فنكريها بالثلث، والربع، والطعام المسمى، فجاءنا ذات يوم رجل من عمومتي، فقال: نهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم- عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية، الله ورسوله أنفع لنا، نهانا أن نحاقل بالأرض، فنكريها على الثلث، والربع، والطعام المسمى، وأمر صاحب الأرض أن يزرعها، أو يزرعها، وكره كراها، وما سوى ذلك "[٦].

وجه الدلالة:

ظاهر الحديث يوجب النهي عن المزارعة؛ لأن الاستئجار ببعض الخارج من النصف، والثلث، والربع، ونحوه، استئجار ببدل مجهول[٧].

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٤٣ وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٢.

(2) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٥٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٥ وابن الشحنة، لسان الحكام، ص٤٠٨.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٩٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٤.

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٧٥ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٩.

(5) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٩٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٤ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٩٩.

(6) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: كراء الأرض بالطعام، ج٣، ص١١٨١، حديث رقم:(١٥٤٨).

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٥.

يجاب عنه بأمرين:

أولاً: إن النهي ليس عن المزارعة التي هي موضوع البحث، وإنما اشتراط صاحب الأرض غلة بقعة معينة، يدل عليه ما ثبت في الصحيحين عن حنظلة الزرقاني أنه سمع رافع بن خديج يقول:" كنا أكثر الأنصار حقلاً، قال: كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهانا عن ذلك، وأما الورق فلم ينهنا "[١].

قال ابن قدامة:" هذا خارج عن محل الخلاف، فلا دليل فيه عليه، ولا تعارض بين الحديثين "[٢].

ثانياً: إن حديث رافع بن خديج مضطرب، قال الإمام أحمد:" حديث رافع ألوان، وقال أيضاً: حديث رافع ضروب "[٣]، وقال ابن عبد البر:" أحاديث رافع مضطربة المتون جداً "[٤]، ومقتضى ذلك: " إن اختلاف الروايات عن رافع يوهن حديثه "[٥]، مما يجعله غير صالحٍ للاستدلال.

المعقول:

إن الاستئجار ببعض الخارج من النصف، والثلث، والربع، ونحوه، استئجار ببدل مجهول، وإنه لا يجوز كما في الإجارة[٦].

يجاب عنه: إنها مستثناة من هذا النهي، فهي مستثناة بالنص الوارد في إباحتها[٧].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول القاضي بمشروعية، وجواز عقد المزارعة؛ للأسباب الآتية:

أولاً: سلامة ما استدل به أصحاب هذا القول من الردود والمناقشة.

ثانياً: اضطراب حديث رافع بن خديج، الذي كان عمدة لاستدلال القائلين بعدم مشروعية عقد المزارعة.

---

(1) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: المزارعة، باب: قطع الشجر والنخل، ج٢، ص٨١٩ حديث رقم:(٢٢٠١) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: كراء الأرض بالذهب والورق، ج٣، ص١١٨٣، حديث رقم:(١٥٤٧)، **لفظ الحديث:** لمسلم.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٤٢.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٣ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٤٢.

(4) ابن عبد البر، الاستذكار، ج٧، ص٦٤.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٣ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٢٦.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٥.

(7) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٨٤.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد المزارعة

لبيان حكم الرجوع في عقد المزارعة لا بد من التفرقة بين حالتين، الأولى: حكم الرجوع قبل إلقاء البذر، والثانية: حكم الرجوع بعد إلقاء البذر، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد المزارعة قبل إلقاء البذر

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المزارعة في هذه المرحلة على أربعة أقوال:

القول الأول: التفريق بين صاحب البذر ومن لا بذر له، وهو قول الحنفية، فقالوا: هي لازمة مـن جانب من لا بذر له، غير لازمة من جانب من عليه البذر، قبل إلقاء البذر، فيكون لمن له البذر فقـط، الرجوع عن عقد المزارعة في هذه المرحلة[١].

وجه ذلك:

" إن صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ملكه، وهو البذر، ولا يجبر الإنسان على إتلاف ملكه، ولا كذلك من ليس البذر من قبله "[٢].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٧٨ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٧٤ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٢.

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٧٤ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٢.

القول الثاني: المزارعة تلزم بالبذر، فيكون لكلا العاقدين الرجوع عنها في هذه المرحلة- مرحلة ما قبل إلقاء البذر- وهو المذهب عند المالكية(١).

خالف في ذلك سحنون، وابن الماجشون، وقالوا: تلزم المزارعة بالعقد، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنها بعد العقد(٢).

وقيل: إنها تلزم بالعقد إذا انضم إليها عمل، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنها، إذا قام العامل بالعمل بعد العقد وقبل إلقاء البذر(٣)، **وصورة ذلك:** أن يقوم العامل بعد العقد بما تحتاجه الأرض قبل إلقاء البذر، من حرث، أو تسوية، أو إجراء للماء عليها(٤).

وجه من قال إنها لا تلزم بالعقد: قياساً على شركة المال؛ لأنه قيل بمنعها فضعف أمرها، فاحتيج في لزومها لأمر قوي، وهو البذر"(٥)، بجامع أن المزارعة عقد من عقود المشاركات.

وجه من قال إنها تلزم بالعقد: قياساً على الإجارة(٦)، بجامع أن المزارعة إجارة ببعض الخارج من الأرض.

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن الإجارة نوع بيع، فكانت لازمة كبيع الاعيان، وليس كذلك المزارعة، إذ هي عقد على المال بجزء من نمائه، فاشبهت المضاربة؛ ولأن الإجارة عوضها مقدر معلوم، وليس كذلك المزارعة(٧)، فافترقا.

سبب الخلاف بين فقهاء المالكية في لزوم عقد المزارعة: يرجع سبب الخلاف بين فقهاء المالكية إلى أن المزارعة شركة عمل، وإجارة، فمن غلب الشركة لم يرها لازمة بالعقد؛ لأن شركة العمل إنما تلزم بالعمل، ومن غلب الإجارة ألزمها بالعقد(٨).

---

(1) الخرشي، محمد بن عبدا بن علي الخرشي، ت:(١١٠١هـ)، حاشية الخرشي، الطبعة الأولى، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج٦، ص٣٨٢ والدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٧٢ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢ والعدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٢٧٨ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٧٦ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص١٧٦.

(2) المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص١٧٦ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢.

(4) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٧٢.

(5) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٧٢ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢ والعدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٢٧٨ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٧٦، ١٧٧.

(6) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٧٦، ١٧٧.

(7) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٧ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣.

(8) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٧٦، ١٧٧.

القول الثالث: قول الحنابلة، أطلق الحنابلة القول عند كلامهم عن صـفة عقـد المزارعـة، فلـم يخصوه بكونه قبل إلقاء البذر، أم بعده، فكانت لهم في المسألة ثلاث روايات:

الأولى: وهي المذهب، قالوا: عقد المزارعة من العقود الجائزة غيراللازمة، لكـل مـن العاقـدين الرجوع عنها، بإرادته المنفردة(١)، يوافقون في ذلك قول المذهب عند المالكية في مرحلة ما قبل إلقـاء البذر.

وجه ذلك: استدلوا بالسنة، والقياس

أولاً: من السنة النبوية الشريفة

ما رواه ابن عمر- رضي الله عنهما- قال:" لما افتتحت خيبر، سألت يهود رسول الله - صـلى الله عليه وسلم- أن يقرهم فيها على أن يعملوا على نصف ما خرج منها من الثمر، والزرع، فقال رسـول الله - صلى الله عليه وسلم-: أقركم فيها على ذلك ما شئنا "(٢).

موطن الشاهد من الحديث: قوله- صلى الله عليه وسلم-:" أقركم فيها على ذلك ما شئنا ".

وجه الدلالة: لو كان لازماً- أي عقد المزارعة - لم يجز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيـرة إليه في مدة إقرارهم(٣).

يجاب عنه: إن الحديث محتمل للتأويل من وجهين:

أولاً: المراد بقوله- صلى الله عليه وسلم-:" أقركم فيها على ذلك ما شئنا " أي نمكنكم من المقـام في خيبر ما شئنا ثم نخرجكم؛ لأنه- صلى الله عليه وسلم- كان عازماً على إخراج اليهود من جزيـرة العرب(٤).

ثانياً: إن المدة كانت تجدد، ولم يتعرض الراوي لنفي ذلك، فيجب اعتقاده جملة لتصرفه- صـلى الله عليه وسلم- ما لا جهالة فيه، ومعنى قوله- صلى الله عليه وسلم-:" أقركم فيها على ذلك ما شئنا " أي في المعاملة الثانية، أو في العقود المتجددة(٥).

من هنا يتبين أن الحديث محتمل للتأويل، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال.

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٧، ٥٣٨ وابن مفلح، المبـدع، ج٥، ص٤٩ والمـرداوي، الإنـصاف، ج٥، ص٤٧٢ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٩٩، ٢٩٠ والمغني، ج٥، ص٢٣٣ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٣٨١.

(2) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: المزارعة، باب: إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله ولم يذكر أجلاً معلوماً، ج٢، ص٨٢٤، حديث رقم:(٢٢١٣) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتـاب: المـساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ج٣، ص١١٨٧، حديث رقم:(١٥٥١)، **لفظ الحديث:** لمسلم.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٧، ٥٣٨ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٩٩، ٢٩٠.

(4) الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٧٨.

(5) القرافي، الذخيرة، ج٦، ص١٠٥.

ثانياً: القياس: قياساً على المضاربة، بجامع أنه عقد على مال بجزء من نمائه[(١)].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لاختلاف المزارعة عن المضاربة، إذ إن المـضاربة تقتـضي الشركة في الربح لا في غيره، أما المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج، واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله[(٢)]، فافترقا.

الرواية الثانية: لازمة، ليس لأحد العاقدين الرجوع عنها، قاله القاضي، واختـاره الـشيخ تقـي الدين[(٣)]، يوافقون في ذلك قول سحنون، وابن الماجشون من المالكية.

وجه ذلك:

استدلوا بالكتاب، والسنة، والقياس:

أولاً: من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[(٤)].

وجه الدلالة: ظاهر الآية يقتضي إلزام كل عاقد الوفاء بما عقده على نفسه، وذلك عقد قد عقده كل واحد منهما على نفسه، فيلزمه الوفاء به[(٥)].

يجاب عنه: إنه لا يلزم أحد الوفاء بكل عقد عقده، بل بعض العقود حرام الوفاء بها، كمـن عقـد على نفسه أن يعصي الله تعالى، فصح يقيناً أنه لا يلزم الوفاء بعقد أصلاً، إلا عقداً أتى النص بالوفـاء به[(٦)].

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة: قوله- صلى الله عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[(٧)].

وجه الدلالة: الحديث في معنى قوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾**[(٨)]، وهو عام في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرطه الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه[(٩)].

يجاب عنه: إنه لا يلزم أحد الوفاء بكل شرط، بل بعض الشروط حرام الوفاء بها.

---

(1) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٩٩، ٢٩٠ والمغني، ج٥، ص٢٣٣ والبهوتي، كشاف القنـاع، ج٣، ص٥٣٧ وابـن مفلح، المبدع، ج٥، ص٤٩ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٣٨١.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٨.

(3) المرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٤٧٢ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٣٨١.

(4) سورة المائدة، الآية:١.

(5) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص١٣٣.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٣٥٧ بتصرف يسير.

(7) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(8) سورة المائدة، الآية:١.

(9) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص٢٨٦.

ثالثاً: القياس

استدلوا بالقياس من وجهين:

الأول: قياساً على البيع، بجامع أن عوضها مقدر معلوم[١].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن المزارعة تقتضي الشركة في كل الخارج، واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله، وليس كذلك البيع[٢]، فافترقا.

الثاني: قياساً على الإجارة[٣]، بجامع أن المزارعة إجارة ببعض الخارج من الأرض، والإجارة معاوضة، والأصل في عقود المعاوضات اللزوم.

يجاب عنه: إن قياسهم ينتقض بالمضاربة، إذ هي أشبه بالمزارعة من الإجارة، فقياسها عليها أولى[٤].

الرواية الثالثة: جائزة من جهة العامل، لازمة من جهة المالك، فيكون للعامل دون المالك الرجوع عنها[٥]، واحتمال أن يكون هذا مبني على قولهم بجواز المزارعة إذا كان البذر من العامل، إذ ذهب الحنابلة في رواية إلى جواز المزارعة إذا كان البذر من العامل[٦]، يوافقون في ذلك قول الحنفية.

وجه ذلك: يمكن أن يستدل لهم بمثل ما استدل به الحنفية، من أن صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ملكه، وهو البذر، ولا يجبر الإنسان على إتلاف ملكه، ولا كذلك من ليس البذر من قبله[٧]، فالعلة التي لأجلها كان عقد المزارعة عقداً جائزاً غير لازم، ملك البذر، وهي متحققة في العامل إذا كان البذر منه.

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٨ وابن الشحنة، لسان الحكام، ج١، ص٤٠٨.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٧٦، ١٧٧ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣.

(5) المرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٤٧٢.

(6) **قال المرداوي:**" ولا يشترط كون البذر من صاحب الأرض، وهو إحدى الروايتين، واختاره المصنف، والشارح، وابن رزين، وأبو محمد الجوزي، والشيخ تقي الدين، وصاحب الفائق، والحاوي الصغير، وجزم به ابن رزين في نهايته ونظمها، قلت: وهو أقوى دليلاً، وظاهر المذهب اشتراطه ". انظر: المرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٤٨٣ والبهوتي، حيث قال:" ولا يشترط في المزارعة والمغارسة كون البذر والغراس من رب الأرض، فيجوز أن يخرجه العامل ". انظر: البهوتي، الروض المربع، ج٢، ص٢٩٠ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٥٧.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٢ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٧٤.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القـول الـراجح عند المالكية، والمذهب عند الحنابلة، القاضي بكون عقد المزارعة قبل إلقاء البذر، عقداً جـائزاً غيـر لازم، لكلا العاقدين الرجوع عنه، اعتباراً بسائر عقود المشاركات في جواز الرجوع عنها قبل الشروع في العمل، كما في المضاربة[١]، إذ لا تخرج المزارعة عن كونها عقداً من عقود المشاركات، بجـامع أنها عقد على مال بجزء من نمائه، أضف إلى ذلك أنه لا يترتب على الرجوع قبـل إلقـاء البـذر أي ضرر على أي من العاقدين.

(1) لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، في جواز الرجوع عن عقـد المـضاربة قبـل الشروع في العمل. انظر: ص١٣٨ من هذه الرسالة.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد المزارعة بعد إلقاء البذر

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المزارعة في هذه المرحلة على قولين:

القول الأول: بإلقاء البذر يصبح عقد المزارعة من العقود اللازمة لكلا العاقدين، فليس لأحد منهما الرجوع عنها بعد إلقاء البذر، وهو قول الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والحنابلة في رواية[٣].

وجه ذلك: استدلوا بالمنقول، والقياس، والمعقول:

أولاً: من المنقول:

عموم النصوص الآمرة بوجوب الوفاء بالعقود، والالتزام بالشروط، منها:

قوله تعالى: ﴿يا أَيها الَّذِين آمنُوا أَوفُوا بِالْعقُودِ﴾[٤].

وجه الدلالة: ظاهر الآية يقتضي إلزام كل عاقد الوفاء بما عقده على نفسه، وذلك عقد قد عقده كل واحد منهما على نفسه، فيلزمه الوفاء به[٥].

وقوله- صلى ا عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[٦].

وجه الدلالة: الحديث عام في وجوب الوفاء بجميع ما يشرطه الإنسان على نفسه، ما لم تقم دلالـة تخصصه[٧].

ثانياً: القياس

استدلوا بالقياس من ثلاثة وجوه:

الأول: قياساً على الإجارة[٨]، بجامع أن المزارعة إجارة ببعض الخارج، والإجارة عقد من عقود المعاوضات، والأصل في عقود المعاوضات اللزوم.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٢ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٧٨ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٧٤.

(2) العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٢٧٨ والدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٧٢ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٧٦ والخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص٣٨٢ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص١٧٦.

(3) **قال المرداوي:**" وهي- أي المزارعة- عقد لازم، قاله القاضي، واختاره الشيخ تقي الـدين ". انظـر: المـرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٤٧٢.

(4) سورة المائدة، الآية:١.

(5) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص١٣٣.

(6) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(7) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص٢٨٦.

(8) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣.

الثاني: قياساً على شركة العمل[1]، بجامع أن المزارعة عقد من عقود المشاركات، والأصل في شركة العمل لزومها بالعمل.

الثالث: قياساً على شركة المال، فقالوا:" لم تلزم بالعقد كشركة المال؛ لأنه قيل بمنعها فضعف أمرها، فاحتيج في لزومها لأمر قوي، وهو البذر"[٢].

ثالثاً: المعقول: قالوا:" لو كان جائزاً، جاز لرب المال فسخه، والرجوع عنه إذا أدركت الثمرة، فيسقط حق العامل، فيستضر"[٣].

القول الثاني: عقد المزارعة من العقود الجائزة غير اللازمة، لكل من العاقدين الرجوع عنها، بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، وهو قول المذهب عند الحنابلة[٤].

وجه ذلك: استدلوا بمثل ما استدلوا به سابقاً لقولهم بجواز الرجوع عن عقد المزارعة قبل إلقاء البذر[٥].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قول جمهور الفقهاء، بكون عقد المزارعة عقداً لازماً، ليس لأحد العاقدين الرجوع عنه بعد إلقاء البذر، للأسباب الآتية:

أولاً: سلامة ما استدلوا به من الردود والمناقشة.

ثانياً: موافقة ما استدلوا به للعقل والمنطق، ومن أبرزها موافقة، ما استدلوا به من المعقول، حيث قالوا: لو كان جائزاً، جاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة، فيسقط حق العامل، فيستضر، ونحن مأمورون برفع الضرر، بقوله- صلى الله عليه وسلم-:" لا ضرر ولا ضرار"[٦]؛ لذلك نقول اتفق العقل والنقل على القول بلزوم عقد المزارعة، وعدم جواز الرجوع عنه بعد إلقاء البذر.

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٧٦، ١٧٧.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٧٢ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢ والعدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٢٧٨ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٧٦، ١٧٧.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج، ص ٥٣٧، ٥٣٨ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٤٧٢ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٤٩.

(5) انظر: ص١٤٨، ١٤٩ من هذه الرسالة.

(6) سبق تخريجه، انظر: ص٨٠ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني

موانع الرجوع في عقد المزارعة

من تتبع آراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المزارعة سواء أكان قبل القـاء البـذر، أم بعـده، يتبين ما يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع عن هذا العقد:

أولاً: مجرد انعقاد العقد، يعَد مانعاً من الرجوع في حق من لا بذر له، عند الحنفية[١].

ثانياً: مجرد انعقاد العقد، يعَد مانعاً من الرجوع لكلا العاقدين، عند سحنون، وابن الماجشون مـن المالكية[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣].

ثالثاً: العقد إذا أضيف إليه عمل، يعَد مانعاً من الرجوع لكلا العاقدين، في رواية عند المالكية على خلاف المذهب[٤].

رابعاً: إلقاء البذر، يعَد مانعاً من الرجوع لكلا العاقدين، عند الحنفية، والمالكيـة، وروايـة عنـد الحنابلة على خلاف المذهب[٥].

---

(1) انظر قول الحنفية: ص١٤٦.

(2) انظر قول المالكية: ص١٤٧.

(3) انظر قول الحنابلة: ص١٤٩.

(4) انظر قول المالكية: ص١٤٧.

(5) انظر قول الحنفية، والمالكية، والحنابلة في رواية: ص١٥٢.

المبحث الرابع

الرجوع في عقد المساقاة(1)

تمهيد: مشروعية عقد المساقاة

اختلف الفقهاء في مشروعية عقد المساقاة على قولين:

القول الأول: جواز ومشروعية عقد المساقاة، وهـو قـول جمهـور الفقهـاء مـن المالكيـة(2)، والشافعية(3)، والحنابلة(4)، والصاحبين من الحنفية(5)، وعلى قولهما الفتوى(6)، والظاهرية(7)، مـستدلين لذلك، بالسنة، والإجماع، والقياس، والمعقول:

---

(1) **المساقاة لغةً:** من السقي، وهي: أن يستعمل رجل رجلاً في نخيل وكروم ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سـهم معلوم مما تغله. انظر، الرازي، مختار الصحاح، باب: السين، ج١، ص١٢٨.

المساقاة اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها:" معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما ". انظر: ابـن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص١٨٦ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٢٨٤.

عرفها المالكية بأنها:" عقد على خدمة الشجر وما ألحق به، بجزء من غلته، أو بجميعها بصيغة ". انظـر: الـدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٥٣٩ **وقال ابن عرفة:**" هي عقد على مؤونة نمو النبات بقدر لا من غلتـه، لا بلفـظ بيـع، أو إجارة، أو جعالة ". انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٧٢.

عرفها الشافعية، فقالوا:" هي أن يعامل غيره على نخل، أو شجر عنب، ليتعهده بالسقي، والتربية على أن الثمرة لهما". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٢ والإقناع، ج٢، ص٣٤٤ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٨٤.

عرفها الحنابلة، فقالوا:" هي أن يدفع رجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره ". انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٢٦ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٤٥**.**

عرفها الظاهرية، فقالوا:" هي أن يدفع المرء أشجاره، أي شجر كان من نخل، أو عنب، أو تين، أو موز، أو غير ذلك، مما يقوم على ساق، ويطعم سنة بعد سنة، لمن يحفرها، ويزبلها، ويسقيها... على سهم مسمى من ذلك الثمـر، أو ممـا تحمله الأصول كنصف، أو ثلث، أو ربع، أو أكثر، أو أقل". انظر: ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٢٩**.**

عرفها القانون المدني الأردني في المادة (٧٣٦) بأنها:" عقد شركة استغلال الأشجار والكروم بين صاحبها وآخر يقوم على تربيتها وإصلاحها بحصة معلومة من ثمرها "**.**

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٥٣٩ والزرقاني، شرح الزرقاني، ج٣، ص٤٦٠ وابن رشد، بداية المجتهـد، ج٢، ص١٨٤ وابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٨٤.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٢ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٢٤.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٢ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٢٦.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٥ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص١٦٨ وابن الشحنة، لسان الحكام فـي معرفة الأحكام، ص٤٠٨.

(6) ابن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص٤٠٨.

(7) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٢٩.

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: ما رواه ابن عمر- رضي ا عنهما -" أن رسول ا - صلى ا عليه وسلم- عامل أهـل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع "[١].

وجه الدلالة: قال الصنعاني:" الحديث دليل على صحة المساقاة والمزارعة "[٢].

ثانياً: ما رواه أبو هريرة - رضي ا عنه- قال:" قالت الأنصار للنبي- صلى ا عليه وسـلم-: اقسم بيننا وبين إخواننا النخيل، قال: لا، فقالوا: تكفوننا المؤونة ونشرككم في الثمـرة، قـالوا:سـمعنا وأطعنا "[٣].

وجه الدلالة: الحديث ظاهر الدلالة على جواز المساقاة.

الإجماع: نقل ابن قدامة الإجماع على جواز المساقاة، فقال:" عمل به الخلفاء الراشدون فـي مـدة خلافتهم، واشتهر ذلك، فلم ينكره منكر، فكان إجماعاً "[٤].

القياس: قياساً على المضاربة بالأثمان، بجامع دفع الحاجتين، وتحصيل مصلحة الفئتين[٥].

المعقول: قالوا:" الحاجة داعية إليها؛ لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها، أو لا يتفرغ له، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار، فيحتاج ذلك إلى الاستعمال، وذاك إلى العمل، ولو اكترى المالـك لزمته الأجرة في الحال وقد لا يحصل له شيء من الثمار ويتهـاون العامـل، فـدعت الحاجـة إلـى تجويزها"[٦].

---

(1) سبق تخريجه، انظر: ص١٤٣ من هذه الرسالة.

(2) الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٧٨.

(3) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: المزارعة، باب: إذا قال أكفني مؤونة النخل، أو غيره وتـشركني فـي الثمر، ج٢، ص٨١٩، حديث رقم:(٢٢٠٠) وأخرجه في كتاب: الشروط، باب: الشروط فـي المعاملـة، ج٢، ص٩٦٩ حديث رقم:(٢٥٧٠) وأخرجه في كتاب: فضائل الصحابة، باب إخاء النبي- صلى ا عليه وسـلم- بـين المهـاجرين والأنصار، ج٣، ص٣٧٨، حديث رقم:(3571).

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٢٦ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٢.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٢٦.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٢، ٣٢٣ وانظر: البكري، إعانة الطـالبين، ج٣، ص١٢٤ وابـن قدامـة، المغني، ج٥، ص٢٢٦.

القول الثاني: عدم جواز عقد المساقاة، وهو قول الإمام أبي حنيفـة[1]، مـستدلاً لـذلك، بالـسنة، والمعقول:

من السنة النبوية الشريفة: ما رواه نافع ابن خديج - رضي الله عنه- قال:" كنا نحاقـل الأرض على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم- فنكريها بالثلث، والربع، والطعام المـسمى، فجاءنـا ذات يوم رجل من عمومتي، فقال: نهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم- عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية، الله ورسوله انفع لنا، نهانا أن نحاقل بالأرض، فنكريها على الثلث، والربع، والطعام المـسمى، وأمـر صاحب الأرض أن يزرعها، أو يزرعها، وكره كراها وما سوى ذلك "[2].

وجه الدلالة: إن هذا الحديث وإن كان وارداً في المزارعة، إلا أن معنـى النهـي متحقـق فـي المساقاة[3].

يجاب عنه: إنه حديث مضطرب، قال الإمام أحمد:" حديث رافع ألوان، وقال أيضاً: حديث رافـع ضروب "[4]، وقال ابن عبد البر:" أحاديث رافع مضطربة المتون جداً "[5]، ومقتضى ذلك:" إن اختلاف الروايات عن رافع يوهن حديثه "[6]، مما يجعله غير صالحٍ للاستدلال.

المعقول: قالوا:" إن هذا استئجار ببعض الخارج، وهو منهي عنه "[7].

يجاب عنه: إنها– أي المساقاة - مستثناة من هذا النهي، فهي مستثناة بالنص الوارد في إباحتها.

قال ابن جزي:" المساقاة مستثناة من أصلين ممنوعين، وهي: الإجارة المجهولة، وبيـع مـا لـم يخلق[8]**.**

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحـان قول جمهور الفقهاء، القاضي بمشروعية، وجواز عقد المساقاة؛ للأسباب الآتية:

أولاً: قوة أدلتهم، وسلامتها من الردود، والمناقشة. **ثانياً:** اضطراب حديث رافع بن خديج، الـذي كان عمدة لاستدلال القائلين بعدم مشروعية عقدي المزارعة، والمساقاة.

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص١٦٨ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٥ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٨٦ وابن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص٤٠٨.

(2) سبق تخريجه، انظر: ص١٤٤ من هذه الرسالة.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٥، ١٧٥.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٣ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٤٢.

(5) ابن عبد البر، الاستذكار، ج٧، ص٦٤.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٣ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٢٦.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٥.

(8) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٨٤ وانظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٥٣٩.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد المساقاة قبل التفرق

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المساقاة قبل التفرق، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في ثبوت خيار المجلس في عقد المساقاة، فمن قال بثبوته أجاز الرجوع، ومن قال بعدم ثبوته لم يجز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس في عقد المساقاة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: قول الحنفية، وجمهور المالكية الذين لا يجيزون خيار المجلس كما ذكرنا ذلك في البيع[1].

القول الثاني: قول الشافعية[2]، لهم قولان في ثبوت خيار المجلس في عقد المساقاة:

الأول: يثبت فيه خيار المجلس؛ لأنه عقد لازم يقصد به المال، فيثبت فيه خيار المجلس، كالبيع.

الثاني: لا يثبت فيه خيار المجلس؛ لأنه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض بالمجلس.

القول الثالث: قول الحنابلة، قالوا:" الخلاف هنا في المساقاة، والمزارعة مبني على الخلاف في كونهما لازمين، أو جائزين، فإن قلنا هما جائزان على المذهب، فلا خيار فيهما، وإن قلنا هما لازمان دخلهما الخيار"[3] وسيأتي تفصيل ذلك في المطلب التالي.

وجه ذلك[4]**:** إنها إذا كانت جائزة، فالجائز يستغني بنفسه عن الخيار.

أما إن كانت لازمة، فعلى وجهين:

الأول: لا يثبت؛ لأنه عقد لا يشترط فيه قبض العوض، ولا يثبت فيها خيار الشرط، فلا يثبت فيها خيار المجلس، كالنكاح.

الثاني: يثبت، قياساً على البيع، بجامع أنه عقد يقصد منه المال، فأشبه البيع.

---

(1) انظر قول الحنفية، وجمهور المالكية، القاضي بعدم ثبوت خيار المجلس: ص٣٢ من هذه الرسالة.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٩٢.

(3) المرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٦.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٥.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد المساقاة بعد التفرق

لبيان حكم الرجوع في عقد المساقاة بعد التفرق لا بد من التفرقة بين حالتين، الأولى: حكم الرجوع بسبب طبيعة العقد، والثانية: حكم الرجوع بسبب الخيار، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين في الفـرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد المساقاة بسبب طبيعة العقد

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المساقاة بسبب صفة هذا العقد، فمن قال بلزومه لم يجـز الرجوع، ومن قال بعدم لزومه أجاز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهـاء فـي لـزوم عقـد المساقاة على قولين:

القـول الأول: عقد المساقاة عقد لازم، ليس لأحد العاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة في رواية[4].

وجه ذلك: استدلوا بالقياس، والمعقول:

أولاً: القياس: قياساً على الإجارة، بجامع أن أعيانهـا تبقـى بحالهـا[5]، وأيـضاً بجـامع أنهـا معاوضة[6]، والأصل في عقود المعاوضات اللزوم.

يجاب عنه بأمرين:

الأول: إنه قياس مع الفارق؛ " لأن الإجارة بيع، فكانت لازمة كبيع الأعيان، ولأن عوضها مقـدر معلوم، فأشبهت البيع "[7]، وليس كذلك المساقاة، فافترقا.

الثاني: إن قياسهم ينتقض بالمضاربة، إذ هي أشبه بالمساقاة من الإجارة، فقياسها عليها أولى[8].

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٦٠ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٧٤ والكاساني، بـدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٧.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٨٧ والقرافي، الذخيرة، ج٦، ص١١٤ وابن عبد البر، الكافي، ص٣٨٢ وابـن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٨٨.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٩٢ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٩ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص١٦٠ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٤١٩.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣، ٢٣٥ والكافي، ج٢، ص٢٩١ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٦.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٩ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص١٦٠.

(6) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣.

(7) المرجع السابق، ج٥، ص٢٣٣.

(8) المرجع السابق، ج٥، ص٢٣٣.

ثانياً: المعقول

القول باللزوم فيه مراعاة لمصلحة كل منهما -أي المالك، والعامل- إذ لو تمكن العامل من فسخها قبل تمام العمل تضرر المالك بفوات الثمرة، أو بعضها، لعدم العمل لكونه لا يحسنه، أو لا يتفرغ لـه، ولو تمكن المالك من فسخها تضرر العامل بفوات نصيبه من الثمرة؛ لأن الغالب كونه أكثر من أجـرة مثله[1].

يجاب عنه:" إن الثمرة إذا ظهرت فهي تظهر على ملكهما، فلا يسقط حق العامل منها بفسخ، ولا غيره "[2].

(1) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص١٦٠.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٣.

القول الثـاني: عقد المساقاة عقد جائز غير لازم مطلقاً، لكلا العاقدين الرجوع عنه، وهو المذهب عند الحنابلة[1]، وقول السبكي من الشافعية[2].

وجه ذلك:

استدلوا بالسنة، والقياس:

أولاً: من السنة النبوية الشريفة

ما رواه ابن عمر- رضي ا عنهما- قال:" لما افتتحت خيبر سألت يهود رسول ا - صـلى ا عليه وسلم- أن يقرهم فيها على أن يعملوا على نصف ما خرج منها من الثمر، والزرع، فقال رسـول ا - صلى ا عليه وسلم-: أقركم فيها على ذلك ما شئنا "[3].

موطن الشاهد من الحديث: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" أقركم فيها على ذلك ما شئنا ".

وجه الدلالة: قالوا:" لو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليـه فـي مـدة إقرارهم "[4].

يجاب عنه: إن الحديث محتمل للتأويل من وجهين:

الأول: المراد بقوله- صلى ا عليه وسلم-:" أقركم فيها على ذلك ما شئنا " أي نمكنكم من المقام في خيبر ما شئنا ثم نخرجكم؛ لأنه- صلى ا عليه وسلم- كان عازماً على إخراج اليهود من جزيـرة العرب[5].

الثاني: إن المدة كانت تجدد، ولم يتعرض الراوي لنفي ذلك، فيجب اعتقاده جملة لتصرفه- صلى ا عليه وسلم- ما لا جهالة فيه، ومعنى قوله- صلى ا عليه وسلم-:" أقركم فيها على ذلك ما شئنا " أي في المعاملة الثانية، أو في العقود المتجددة[6].

من هنا يتبين أن الحديث محتمل للتأويل، والدليل إذا تطرق إليه الإحتمال بطل به الإستدلال.

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٧، ٥٣٨ وابـن قدامـة، المغنـي، ج٥، ص٢٣٣ والكـافي، ج٢، ص٢٩٠ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٥٦١ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٦.

(2) **قال السبكي:**" لم يتبين لي دليل قوي على لزومها، وكنت أود لو قال أحد من أصحابنا بعدم لزومهـا حتـى كنـت أوافقه". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٣٠.

(3) سبق تخريجه، انظر: ص١٤٨ من هذه الرسالة.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٥٣٧ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٩٩، ٢٩٠.

(5) الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٧٨.

(6) القرافي، الذخيرة، ج٦، ص١٠٥.

القياس: قياساً على بيع الدين بالدين.

قالوا:" القول بلزومها مشكل؛ لأنها إذا وردت على الذمة أشبهت بيع الدين بالدين؛ لأن العمل دين على العامل، والثمرة وإن لم تكن ديناً إلا أنها معدومة، فهي في معنى الدين، وبيع الدين بالدين مجمـع على بطلانه "[١].

يجاب عنه:

" إن بيع الدين بالدين قد جوز للحاجة، كما في الحوالة، وهذه أولى لشدة الحاجة إليها "[٢].

قال الدسوقي المالكي:" المساقاة مستثناة للضرورة من أمور خمسة ممنوعة: الأول: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، الثاني: بيع الطعام بالطعام نسيئة، إذا كان العامل يغرم طعام الدواب والأجـزاء، لأنـه يأخذ عن الطعام طعاماً بعد مدة، الثالث: الجهل بما يخرج على تقدير سلامة الثمـرة، الرابـع: الـدين بالدين؛ لأن المنافع، والأثمار كلاهما غير مقبوض الآن، الخامس: المخابرة وهي كراء الأرض على ما يخرج منها بالنسبة لترك البياض للعامل "[٣].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قـول جمهـور الفقهاء، بكون عقد المساقاة عقداً لازماً، ليس لأحد العاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة، امتثالاً لقوله تعالى: **يا أَيها الذِين آمنُوا أَوفُوا بِالْعقُودِ** [٤]، وقوله- صلى ا عليه وسـلم-:" المـسلمون علـى شروطهم"[٥]، ولما يترتب على القول بجواز الرجوع من ضرر على كلا العاقدين.

وبه أخذ القانون المدني الأردني، حيث نصت المادة (٧٣٨) من القانون المدني الأردني على:" أن عقد المساقاة عقد لازم، فلا يملك أحد العاقدين فسخه، إلا بعذر يبرر ذلك ".

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٩.

(2) المرجع السابق، ج٢، ص٣٢٩.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٥٣٩.

(4) سورة المائدة، الآية:١.

(5) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد المساقاة بسبب الخيار

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد المساقاة بسبب الخيار، تبعاً لاختلافهم في ثبوت خيار الشرط في عقد المساقاة، فمن قال بثبوته أجاز الرجوع، ومن قال بعدم ثبوته لم يجز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في ثبوت خيار الشرط في عقد المساقاة على قولين:

القول الأول: عدم ثبوت خيار الشرط في عقد المساقاة، فليس لأحد العاقدين الرجوع عن عقد المساقاة بسبب خيار الشرط، وهو قول الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

وجه ذلك:

إنها إذا كانت جائزة، فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وإن كانت لازمة، فإذا حصل الرجوع، وانفسخ العقد، لم يمكن رد المعقود عليه، وهو العمل فيها[٣].

القول الثاني: ثبوت خيار الشرط في عقد المساقاة، فيكون لمن شرط له الخيار، الرجوع عن عقد المساقاة، وهو قول الحنفية[٤].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان قول الشافعية، والحنابلة، بعدم جواز الرجوع عن عقد المساقاة بسبب الخيار؛ لعدم ثبوت خيار الشرط فيها؛ لأنها إذا كانت جائزة، فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وإن كانت لازمة، فإذا حصل الرجوع، وانفسخ العقد، لم يمكن رد المعقود عليه، وهو العمل فيها.

---

(1) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٩١.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٥ والكافي، ج٢، ص٢٩٣.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٣٥.

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٧٠، ٥٧١.

الفصل الرابع

حكم الرجوع في عقود التوثيقات المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

الرجوع في عقد الرهن[(١)]

تمهيد: مشروعية الرهن

ثبتت مشروعية الرهن بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: **وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة** [(٢)].

وجه الدلالة: قوله تعالى: **فرهان مقبوضة** أمر بصيغة الخبر؛ لأنه معطوف على قوله تعالى: **فاكتبوه** ، وعلى قوله تعالى: **وأشهدوا إذا تبايعتم** ، وأدنى ما يثبت بصيغة الأمر الجواز[(٣)].

---

(1) **الرهن لغة:**

ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه، ويأتي بمعنى الدوام والثبات، يقال: رهن الشيء دام وثبت. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: رهن، ج١٣، ص١٨٨ وما بعدها، والرازي، مختار الصحاح، مادة: رهن، ص١٠٩.

الرهن اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه:" حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين ". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٢٦٤ والحصكفي، الدر المختار، ج٦، ص٤٧٧، ٤٧٨ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٦٢.

عرفه المالكية بأنه:" بذل من له البيع ما يباع، أو غرراً، ولو اشترط في العقد وثيقة بحق ". انظر: خليل، المختصر، ص١٩٨ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣، ٤ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢، ٣ **وحده ابن عرفة بأنه:**" مال قبض توثقاً به في دين ". انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٦٦ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٣.

عرفه الشافعية بأنه:" جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢١٢ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٤٨ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢١٢ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٣٢٨ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، ص٣٥٧ والمليباري، زين الدين بن عبد العزيز، فتح المعين، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج٣، ص٥٤.

عرفه الحنابلة بأنه:" توثقة دين بعين، يمكن أخذه، أو بعضه منها، أو من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيرها ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٢٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٠٣، ١٠٤ والروض المربع، ج٢، ص١٥٩ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص١٣٧ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢١٣ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢١٥.

(2) سورة البقرة، الآية:٢٨٣.

(3) السرخسي، المبسوط، ج٢١، ص٦٤ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٣٢٨.

من السنة النبوية الشريفة:

ما روته السيدة عائشة- رضي ا عنها- قالت:" إشترى رسول ا - صلى ا عليه وسلم- من يهودي[1] طعاماً الى أجل ورهنه درعه "[2].

وجه الدلالة:

فعله- صلى ا عليه وسلم- حيث إن أدنى ما يثبت بفعله- صلى ا عليه وسلم- الجواز.

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز الرهن من لدن سيدنا محمد- صلى ا عليه وسلم- إلى يومنا هذا من غير نكير يذكر، قال ابن قدامة:" أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة "[3].

المعقول:

ثبتت مشروعية عقد الرهن بالمعقول؛ لأن الحاجة داعية إليه، قال ابن نجيم:" الحاجة داعية إليه؛ لأن الإنسان قد لا يجد من يقرضه مجاناً، أو يصبر عليه بغير رهن "[4].

---

(1) **اسم اليهودي**:" أبو الشحم، رجل من بني ظفر، سمي أبا الشحم؛ لكونه كان سميناً ". انظر: الزيلعي، أبو محمد عبدا بن يوسف الحنفي، ت:(٧٦٢هـ). نصب الراية، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، ١٣٧٥هـ، ج٤، ص٤، وانظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص٣٧ والشربيني، مغني المحتاج، ٢، ص١٢١ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، ص٣٥٧.

(2) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: شراء الحوائج بنفسه، ج٢، ص٧٣٨، حديث رقم:(١٩٩٠) وأخرجه في كتاب: الرهن، باب: من رهن درعه، ج٢، ص٨٨٧، حديث رقم:(٢٣٧٤) وأخرجه أيضاً من كتاب الرهن، باب: الرهن عند اليهود وغيرهم، ج٢، ص٨٨٨، حديث رقم:(٢٣٧٩)، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: الرهن وجوازه في الحضر والسفر، ج٣، ص١٢٢٦، حديث رقم:(١٦٠٣)، **لفظ الحديث:** متفق عليه.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢١٥ وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٦٢ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٢ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢١.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٢٦٣.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الرهن بسبب طبيعة العقد

لبيان حكم الرجوع في عقد الرهن لا بد من التفرقة بين حالتين، الأولى: حكم الرجوع قبل القبض، والثانية: حكم الرجوع بعد القبض، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد الرهن قبل القبض(١)

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الرهن قبل القبض، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في شرط القبض، هل هو شرط صحة، أم شرط تمام؟ فمن قال: شرط صحة، قال: ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن، وللراهن الرجوع عنه، ومن قال: شرط تمام، قال: يلزم العقد، ويجبر الراهن على الإقباض، وليس له الرجوع عنه بعد العقد(٢).

ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في اشتراط القبض للزوم عقد الرهن، وجواز الرجوع عنه على ثلاثة أقوال:

---

(1) **تعريف القبض، وبماذا يتم:**

القبض لغةً:

مصدر قبضت قبضاً، والقبض: تحويلك المتاع إلى حيزك، ويأتي بمعنى التناول للشيء بيدك ملامسة. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: قبض، ج٧، ص٢١٣، ٢١٤.

القبض اصطلاحاً:

هو التمكين، والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً، وعادة، حقيقة ". انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٨.

بماذا يتم قبض الرهن؟

قال ابن قدامة:" إذا كان دراهم، أو دنانير، فقبضها باليد، وإن كان ثياباً، فقبضها نقلها، وإن كان حيواناً، فقبضه تمشيته من مكانه، وإن كان مما لا ينقل ويحول، فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه، لا حائل دونه، وقد ذكر الخرقي في باب الرهن، فقال: إن كان مما ينقل، فقبضه أخذه إياه من راهنه منقولاً، وإن كان مما لا ينقل، فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه؛ ولأن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، كالإحراز، والتفرق، والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا ". ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٩٠ وانظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص١٥٣.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٠٦، بتصرف يسير.

القول الاول: عقد الرهن لا يلزم إلا بالقبض، فإن لم يتم القبض يجوز للراهن الرجوع عنه، وهـو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤].

وجه ذلك:

استدلوا بالكتاب، والقياس، والمعقول:

أولاً: من القرآن الكريم

قوله تعالى: فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ [٥].

وجه الدلالة:" وصف ا - سبحانه وتعالى- الرهن بكونه مقبوضاً، فيقتضي أن يكون فيه القـبض شرطاً؛ صيانة لخبره تعالى عن الخلف، إذ لو لزم بدون القبض لم يكن للتقييد به فائدة "[٦].

كذلك يمكن أن يستدل لهم بقوله تعالى: **ما على المحسنين من سبيل** [٧].

وجه الدلالة: قال الجصاص في شأن هذه الآية:" عموم في أن كل من كان محسناً في شيء، فـلا سبيل عليه فيه"[٨] " والرهن عقد تبرع؛ لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً "[٩].

ثانياً: القياس

قياساً على القرض، والهبة، بجامع أنه عقد إرفاق، يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض[١٠].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٢٦٥ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٦٣.

(2) الغمراوي، السراج الوهاج ص٢١٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٥ والبكري، إعانـة الطـالبين، ج٣، ص٥٨ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٠٥ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، ص٣٧٠.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٣٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٠٨ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢١٦ والكافي، ج٢، ص١٣٠ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢١٩ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص١٤٩.

(4) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٨٨.

(5) سورة البقرة، الآية:٢٨٣.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٦٣ والكاساني، بـدائع الـصنائع، ج٦، ص١٣٧ والـشيرازي، المهـذب، ج١، ص٣٠٥ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٨ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٥٨ وابن قدامة، المغنـي، ج٤، ص٢١٦.

(7) سورة التوبة، الآية:٩١.

(8) الجصاص، أحكام القرآن، ج٤، ص٣٥٢.

(9) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ٤، ص١٢٦ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٦٣ وابن عابدين، حاشـية ابـن عابدين، ج٦، ص٤٧٨.

(10) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٦٣ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٨ والبكري، إعانة الطـالبين، ج٣، ص٥٨ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٣٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٠٨ وابـن قدامـة، المغنـي، ج٤، ص٢١٦.

ثالثاً: المعقول

قالوا:" الرهن عقد تبرع، لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً، ولهـذا لا يجبـر عليه، فلا بد من الإمضاء بعدم الرجوع، كما في الوصـية، والـصدقة، والهبـة، والإمـضاء يكـون بالقبض"[١].

القول الثاني: عقد الرهن يلزم بمجرد القول– أي بمجرد صدور القبول موافقاً للإيجـاب- ويـتم بالقبض، فليس للراهن الرجوع عنه بعد العقد، وهو قول المالكية[٢].

وجه ذلك:

استدلوا بالكتاب، والقياس:

أولاً: من القرآن الكريم

قوله تعالى: فَرِهانٌ مَقْبوضةٌ [٣]

وجه الدلالة: قال القرافي[٤]:" جعل ا - سبحانه- القبض صفة للرهن، والصفة غير الموصوف، وليست صفة أصلية، وإلا لما صح قوله أراهنك هذا ولم يسلمه إليه، وإذا كان الـرهن يتحقـق قبـل القبض، وجب الوفاء بالقبض؛ لقوله تعالى: **يا أَيها الذِين آمنُوا أَوفُوا بِالْعقُودِ** [5]**؛** ولقوله- صـلى ا عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[٦].

يجاب عنه: إن ا - سبحانه وتعالى- وصف الرهن بكونه مقبوضاً، فيقتضي أن يكون فيه القبض شرطاً، صيانة لخبره تعالى عن الخلف، إذ لو لزم بدون القبض لم يكن للتقييد به فائدة **"**[٧]**.**

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٦٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٣٧.

(2) **قال الدسوقي:**" لا خلاف في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن، ولا شرطاً في صـحته، ويـصح، ويلـزم بمجرد القول، ثم يطلب المرتهن الإقباض ". انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٣١ والقرافي، الذخيرة، ج٨، ص١٠٠ وابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢١٣ وأبو الحسن، كفاية الطالب، ج٢، ص٣٥٢ والآبـي، الثمـر الـداني، ص٥٦٠ وابن عبد البر، الكافي، ص٤١٠ وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٠٦.

(3) سورة البقرة، الآية:٢٨٣.

(4) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص١٠٠، ١٠١.

(5) سورة المائدة، الآية:١.

(6) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(7) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٦٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٣٧ والشربيني، مغني المحتـاج، ج٢، ص١٢٨ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٥٨ والشيرازي، المهـذب، ج١، ص٣٠٥ وابـن قدامـة، المغنـي، ج٤، ص٢١٦.

ثانياً: القياس

قياساً على سائر العقود اللازمة بالقول[١].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن العقود اللازمة هي عقود معاوضات، أما الرهن فهو عقـد إرفاق، فافترقا.

القول الثالث: التفريق بين المكيل، والموزون، وغيره، وهي رواية عند الحنابلـة علـى خـلاف المذهب، فقالوا: ما كان مكيلاً، أو موزوناً لا يلزم رهنه إلا بالقبض، فيجوز الرجوع عنه قبل القبض، وفيما عداها روايتان:

إحداهما: لا يلزم رهنه إلا بالقبض، فيجوز الرجوع عنه قبل القبض، **والأخرى**: يلـزم بمجـرد العقد، فلا يجوز الرجوع عنه بعد العقد [٢].

وجه ذلك:

قياساً على البيع[٣].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ " لأن عقد البيع عقد معاوضة، وعقد الرهن عقـد إرفـاق "[٤]، فافترقا.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قـول جمهـور الفقهاء، بجواز الرجوع عن عقد الرهن قبل القبض؛ للأسباب الآتية:

أولاً: قوة أدلتهم، وسلامتها من الردود، والمناقشة.

ثانياً: لا يترتب على الرجوع قبل القبض أي ضرر على أي من العاقدين.

ثالثاً: عقد الرهن عقد تبرع، والقول بلزومه قبل القبض يتنافى وقوله تعالى: **﴿ما على المحسنين من سبيل﴾** [5].

---

(1) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص١٠١ وابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٠٦.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢١٦ والكافي، ج٢، ص١٣٠ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢١٩.

(3) المراجع السابقة، نفس المواطن.

(4) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٣٠ والمغني، ج٤، ص٢١٦.

(5) سورة التوبة، الآية:٩١.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد الرهن بعد القبض[١]

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥] أن عقد الـرهن بعـد القبض، يصبح عقداً لازماً من جهة الراهن، جائزاً من جهة المرتهن، فللمرتهن فقط الرجوع عنه دون الراهن.

وجه ذلك:

قالوا:" لا يلزم الرهن من جهة المرتهن؛ لأن العقد لحظه وحده، فجاز له الرجوع عنه كالمضمون له، ويلزم من جهة الراهن؛ لأن الحظ لغيره، فلزم من جهته كالضمان في حق الضامن؛ ولأنه وثيقـة، فأشبه الضمان "[٦].

مما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام، ما سبق بيانه لقول المالكية بلزوم عقد الرهن بمجرد القـول – أي بمجرد صدور القبول موافقاً للإيجاب - ويتم بالقبض[٧]، فمن باب أولى أن يكون قـولهم هـذا موافقاً لاتفاق الفقهاء على لزوم عقد الرهن، وعدم جواز الرجوع عنه بعد القبض، في حق الراهن دون المرتهن.

---

(1) انظر تعريف القبض، وبماذا يحصل: هامش رقم:(١)، ص١٦٦ من هذه الرسالة.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٢٦٥ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٦٣.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٠٥، ٣٠٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٥ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢١٤ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٥٨ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، ص٣٧٠ والزركـشي، المنثـور، ج٢، ص٣٩٨.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٢١ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٠٨ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢١٦ والكافي، ج٢، ص١٣٠ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢١٤ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص١٤٩.

(5) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٨٨.

(6) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٠٥ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٢١ وابن قدامـة، الكـافي، ج٢، ص١٣٠ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢١٤.

(7) انظر قول المالكية: ص١٦٨ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد الرهن بسبب الخيار

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الرهن بسبب الخيار، تبعاً لاختلافهم في ثبوت الخيار في عقد الرهن، فمن قال بثبوته أجاز الرجوع، ومن قال بعدم ثبوته لم يجز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في ثبوت الخيار في عقد الرهن على قولين:

القول الأول: عدم ثبوت الخيار في عقد الرهن، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه بسبب الخيار، وهو قول الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

وجه ذلك:" إن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر، والراهن يستغني بثبوت الخيار له إلى أن يقبض "[٣].

القول الثاني: ثبوت خيار الشرط في عقد الرهن، حيث يثبت للراهن لا المرتهن، فيكون للراهن الرجوع عن عقد الرهن بسبب خيار الشرط، وهو قول الحنفية[٤].

قال السرخسي:" اشتراط الخيار للراهن ثلاثة أيام جائز كما في البيع؛ لأن عقد الرهن يلزم من قبل الراهن، وتأثير اشتراط الخيار في منع اللزوم مستفاد ذلك بشرط الخيار للراهن، ولا معنى لاشتراط الخيار للمرتهن؛ لأنه لا يتعلق به اللزوم في حقه، فهو متمكن من رده متى شاء بغير خيار، وكذلك لا معنى لخيار الرؤية فيه؛ لأن ذلك لو ثبت إنما يثبت للمرتهن، وهو متمكن من رده بعد الرؤية متى شاء، وليس له أن يأخذ مكانه رهناً آخر وإن كان ذلك مشروطاً؛ لأن حكم الرهن لا يثبت بدون القبض ولم يوجد منه القبض في عين أخرى، فلا يكون له أن يطالب به، فلهذا لا يثبت للمرتهن خيار الشرط والرؤية "[٥].

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان قول الشافعية، والحنابلة، بعدم جواز الرجوع عن عقد الرهن بسبب الخيار؛ لعدم ثبوته فيه؛ ذلك أن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر، والراهن يستغني بثبوت الخيار له إلى أن يقبض.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٦٦ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، ص٢٣٤ والشرواني، حواشي الشرواني، ج٤، ص٣٣٦ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٤٣

(2) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٤.

(3) المرجع السابق، ج٤، ص٢٤.

(4) السرخسي، المبسوط، ج٢١، ص١٤٨، ١٤٩ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٤.

(5) السرخسي، المبسوط، ج٢١، ص١٤٨، ١٤٩.

المطلب الثالث

ما يحصل به الرجوع في عقد الرهن

اختص الشافعية[١]، والحنابلة[٢] دون غيرهم ببحث هذه المسألة:

فقالوا: يحصل الرجوع عن عقد الرهن، بتصرف يزيل الملك، كهبة مقبوضة، وبيـع، وإعتـاق، لزوال محل الرهن، وبرهن مقبوض، وكتابة، لتعلق حق الغير به، وكذا تدبير يحصل به الرجوع فـي الأظهر؛ لأن مقصوده العتق، وهو مناف للرهن، والثاني: لا؛ لأن الرجوع عن التدبير ممكن.

وإن كان الرهن داراً فأجرها، ينظر إن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الـدين لـم يكـن رجوعاً؛ لأنها لا تمنع البيع عند المحل، وإن كانت إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها، فعلى قولنـا: إن المستأجَر يجوز بيعه لم يكن رجوعاً؛ لأنه لا يمنع البيع عند المحل، وعلى قولنا: لا يجوز بيعه، كـان رجوعاً؛ لأنه تصرف ينافي مقتضى الرهن، فكان رجوعاً كالبيع.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٩ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٠٦ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، ص٣٧١ وما بعدها والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢١٥ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٥٥.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢١٧ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢١٩.

المطلب الرابع

موانع الرجوع في عقد الرهن

من تتبع آراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الرهن، سواء أكان قبل القبض، أم بعده، يتبين مـا يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع عن هذا العقد:

أولاً: مجرد العقد، يعَد مانعاً من الرجوع للراهن دون المرتهن عنـد المالكيـة[١]، وروايـة عنـد الحنابلة فيما دون المكيل والموزون[٢].

ثانياً: القبض، يعَد مانعاً من الرجوع للراهن دون المرتهن، بلا خلاف بين الفقهاء[٣].

---

(1) انظر قول المالكية: ص١٦٨ من هذه الرسالة.

(2) انظر قول الحنابلة: ص١٦٩ من هذه الرسالة.

(3) انظر اتفاق الفقهاء: ص١٧٠ من هذه الرسالة.

المبحث الثاني

الرجوع في عقد الكفالة[١]

تمهيد: مشروعية الكفالة

ثبتت مشروعية الكفالة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والمعقول:

من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾[٢].

أي وأنا به كفيل[٣].

وجه الدلالة: ذكر ا - سبحانه وتعالى- الكفالة في شرع من قبلنا ولم ينكرها، وشرع من قبلنا شـرع لنا ما لم يظهر نسخه[٤]، وبين ابن العربي وجه الدلالة من الآية، فقال:"الآية نص في جواز الكفالة "[٥].

---

(1) **الكفالة لغة:** الضمان، يقال: كفل المال ضمنه. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: كفل، ج١١، ص٥٩٠.

" الكفالة، والحمالة، والزعامة، والضمان، والقبالة، معناهما واحد، فاللغة، والديانة لا خلاف فيهما في ذلـك، يقـال: كفيل، وحميل، وزعيم، وضمين، وضامن، وصبير، وقبيل، لكن العرف، خص الضامن بالمال مطلقاً، والزعيم بالمـال العظيم، والكفيل بالنفس، والحميل بالدية، والصبير يعم الكل، ومثله القبيل ". انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢ والثعلبي، التلقين، ج٢، ص٤٤٤ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٢٥ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٨ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٦٥ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٤٤ وابن حزم، المحلى، ج٨، ص١١١.

الكفالة اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها:" ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٢١ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٢٨١ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٨٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٦٤.

عرفها المالكية بأنها:" شغل ذمة أخرى بالحق ". انظر: الدردير، الشرح الكبيـر، ج٣، ص٣٢٩ والدسـوقي، حاشـية الدسوقي، ج٣، ص٣٢٩، ٣٣٧ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٩٦ والثعلبي، التلقـين، ج٢، ص٤٤٤ والمـواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٩٦.

عرفها الشافعية بأنها:" التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة ". انظر: الـشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٨ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٤٠.

عرفها الحنابلة بأنها:" التزام من يصح تبرعه ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٦٢ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٢٢ **وعرفها ابن قدامة بما هو أكثر تفصيلاً، فقال هي:**" ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ". انظر: ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٤٤.

عرفها القانون المدني الأردني في المادة:(٩٥٠) بأنها:" ضم ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام ".

(2) سورة سيدنا يوسف عليه السلام، الآية:٧٢ (قصة سيدنا يوسف مع إخوته عليهم السلام).

(3) الجصاص، أحكام القرآن، ج٤، ص٣٩٠ والطبري، تفسير الطبري، ج١٣، ص٢٠ والشوكاني، فتح القـدير، ج٣، ص٤٤.

(4) السرخسي، المبسوط، ج١٩، ص١٦١ والقرافي، الذخيرة، ج٩، ص١٩١.

(5) ابن العربي، أحكام القرآن، ج٣، ص٦٤.

من السنة النبوية الشريفة:

قوله- صلى ا عليه وسلم-:" العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والزعيم غارم، والدين مقضي"(١).

وجه الدلالة:

دل الحديث بمنطوقه على مشروعية الكفالة بقوله- صلى ا عليه وسلم-: الزعيم غارم: أي الكفيل ضامن لما التزمه من حق.

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز الكفالة من لدن سيدنا محمد- صلى ا عليه وسلم- إلى يومنا هذا من غير نكير يذكر، قال ابن قدامة:" أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة "(٢).

القياس:

يستدل بالقياس من وجهين(٣):

الأول: قياساً على العارية، والقرض بجامع أنه عقد تبرع يقصد به الإرفاق، والإحسان.

الثاني: قياساً على الرهن، بجامع أنه توثق بالحق.

المعقول:

قالوا:" الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال، أو البدن، فلو لم تجز لأدى إلى الحرج، وتعطل المعاملات "(٤).

---

(1) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: الإجارة، باب: تضمين العارية، ج٣، ص٢٩٦، حديث رقم:(٣٥٦١) وأخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، ج٣، ص٥٦٥، حديث رقم:(١٢٦٥) وأخرجه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب: الصدقات، باب: الكفالة، ج٢، ص٨٠٤، حديث رقم:(٢٤٠٥) وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الضمان، باب: وجوب الحق بالضمان، ج٦، ص٧٢، حديث رقم:(١١١٧٤)، **لفظ الحديث:** للترمذي، **الحكم على الحديث:** قال الترمذي: حديث حسن غريب، انظر: الترمذي، سنن الترمذي، ج٣، ص٥٦٥.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٤٤ وانظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص١٦٣ والقرافي، الذخيرة، ج٩، ص١٩١ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٨.

(3) القرافي، الذخيرة، ج٩، ص١٩١.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٧٤ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٣٠ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٦٢.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الكفالة بسبب طبيعة العقد

لبيان حكم الرجوع في عقد الكفالة لا بد من التفرقة بين حالتين، الأولـى: حكـم الرجـوع قبـل الوجوب، والثانية: حكم الرجوع بعد الوجوب، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد الكفالة قبل الوجوب

صورة ذلك: أن يقول إنسان لآخر داين فلاناً وأنا ضامن، أو بايع فلاناً وأنا ضامن، فإن قال ذلك، هل له الرجوع قبل حصول المداينة، أو المبايعة، أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: للضامن الرجوع عن الضمان فيما يؤول إلى الوجوب قبل وجوبه، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والحنابلة[٣]، والشافعية في القديم[٤].

وجه ذلك:

أولاً: اندفاع الغرر، أي انتفاء الغرر حين نهاه عن المبايعة[٥].

ثانياً: لعدم اشتغال ذمته[٦].

القول الثاني: لا يصح ضمان ما لم يجب، وهو قول الشافعية في الجديد[٧].

وجه الدلالة: قياساً على الشهادة، بجامع أنه وثيقة بحق، فلا يسبق الحق[٨].

يجاب عنه: إن الشهادة غايتها إثبات حق، لا توثيق حق، فلا يتصور وجودها قبل الحق، فافترقا.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج٢٠، ص١٥ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٣٨ وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص١٨٣ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٣٠٥.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٣٣ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٩٩ والقرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٠٨.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٦٨ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص١٨٢.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٠١ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٤١.

(5) السرخسي، المبسوط، ج٢٠، ص١٥ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٣٨ وابن عابدين، حاشية ابـن عابـدين، ج٥، ص٣٠٥ والقرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٠٨.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٦٨.

(7) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٤١ والشربيني، مغني المحتـاج، ج٢، ص٢٠٠ والغمـراوي، الـسراج الوهـاج، ص٢٤١ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٦٨.

(8) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٤١ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٠٠، ٢٠١ والحصني، كفايـة الأخيـار، ص٢٦٨.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قـول جمهـور الفقهاء، بجواز رجوع الكفيل عن الكفالة قبل الوجوب؛ للأسباب الآتية:

أولاً: قياساً على كثير من العقود في جواز الرجوع عنها قبل الشروع، كعقد الاستصناع، والجعالة، والتحكيم؛ لعدم تعلق الحق فيها إلا بالشروع، فإن أجيب بأن هذه عقود معاوضات، وعقد الكفالة عقـد توثيق، فافترقا.

يجاب عنه:

قياساً على عقد الرهن قبل القبض، إذ الراجح جواز الرجوع عنه قبل القبض كما مر سابقاً[1]، فكما يجوز الرجوع عن عقد الرهن قبل القبض، فكذلك الكفالة قبل الوجوب، بجامع أن كلاً منهما عقداً مـن عقود التوثيقات.

ثانياً: السبب في لزوم عقد الكفالة في حق الكفيل، دفع الغرر، حتى لا يقول المكفول له أنا لم أداين فلاناً، أو لم أبايع فلاناً، إلا للثقة بك، وليس له ذلك قبل الوجوب؛ لانتفاء الغرر، فافترقا.

ثالثاً: القول بلزوم الكفالة قبل الوجوب يتنافى وقوله تعالى: **ما على المحسنين من سـبيل** [2]، قال الجصاص في شأن هذه الآية:" عموم في أن كل من كان محسناً في شيء، فلا سبيل عليه فيه "[3]، والكفالة عقد تبرع؛ لما أن الكفيل لا يستوجب بمقابلها على المكفول شيئاً.

---

(1) انظر قول جمهور الفقهاء، الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية القاضي بجواز الرجوع عن عقد الرهن قبـل القبض: ص١٦٧ من هذه الرسالة.

(2) سورة التوبة، الآية:٩١.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، ج٤، ص٣٥٢.

اختص المالكية ببحث مسألة في حكم الرجوع عن عقد الكفالة قبل الوجوب، وهي: فيما لو قـال إنسان لآخر: احلف بأن لك على فلان، وأنا ضامن، هل له الرجوع قبل أن يحلف المدعي، أم لا ؟

قالوا:" لو قال شخص لمدع على شخص بحق، احلف بأن لك عليه ما تدعيه وأنـا ضـامن، فـلا رجوع له ولو قبل حلفه؛ لأنه بالتزامه صار كأنه حق واجب له، لتنزله منزلة المدعى عليه، بخلاف ما لو قال له داين فلاناً وأنا ضامن، فله– أي الضامن- الرجوع عن الضمان قبـل المعاملـة- أي قبـل تمامها- لا بعدها، فإن عامله في البعض لزم فيما عامل به دون ما لم يعامل به "[1].

يتفرع عن ذلك مسألة: وهي فيما لو حلف المدعي، وغرم الضامن، واستمر المدعى عليه علـى إنكاره، ولم تقم عليه بالحق بينة على حلفه، فهل للضامن الرجوع على المدعى عليه بما غرمه، أم، لا ؟

قالوا:" حلفه الضامن– أي يحلف الضامن المدعى عليه- فإن حلف، فلا رجوع للـضامن بـشيء، وإن نكل غرم له ما أخذه منه المدعي "[2].

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٣٣، ٣٣٤، وانظر: القرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٠٨.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٣٤.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد الكفالة بعد الوجوب

صورة ذلك:

أن يضمن إنسان عن آخر لآخر ديناً معلوماً بأمره، هل له أن يرجع عن كفالته بعد وجوبهـا- أي بعد وقوع الكفالة مستوفية شروطها، منتفية موانعها-؟

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] في لزوم عقد الكفالـة للكفيل دون المكفول له- أي الدائن- بعد الوجوب، فليس للكفيل الرجوع عنها إلا برضا الدائن، وللدائن الرجوع عنها بإرادته المنفردة، بإعفاء الكفيل منها.

قال ابن المنذر:" أجمعوا على أن الرجل إذا ضمن عن الرجل لرجل مـالاً معلومـاً بـأمره، أن الضمان لازم له، وله أن يأخذ ممن ضمن عنه "[٥].

وجه ذلك:

أولاً: لا يلزم عقد الكفالة من جهة المكفول له؛ لأن العقد لحظه وحده، فجاز له الرجوع عنه، ويلزم من جهة الكفيل؛ لأن الحظ لغيره، فلزم من جهته كالرهن في حق الراهن بعد القبض، ولأنـه وثيقـة، فأشبه الرهن[٦].

ثانيـاً: ليس له- أي الكفيل- الرجوع عن الكفالة لما رضي أن يلزمه نفسه، وهـو الـذي أدخـل المشتري في دفع ماله للثقة منه به[٧]، فيمنع الكفيل من الرجوع عن الكفالة دفعاً للضرر عـن الـدائن، وفي ذلك إعمال للقاعدة الفقهية:" الضرر يدفع بقدر الإمكان " والمستندة في أصلها إلى قوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا ضرر ولا ضرار"[٨].

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج٢٠، ص٥١ ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٣٨ وابن عابدين، حاشية ابـن عابـدين، ج٥، ص٣٠٥.

(2) الإمام مالك، المدونة، ج١٣، ص٢٦٩ والدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٣٣ والقرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٠٨.

(3) البكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٣٢.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٢١ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٢٦ والكافي، ج٢، ص١٣٠ وابـن مفلـح، المبدع، ج٤، ص٢١٤.

(5) ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ت:(٣١٨هـ). الإجمـاع، الطبعـة الثالثـة، عـدد الأجزاء:(١)، تحقيق: الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، ص٩٩.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٢١ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٣٠ وابن مفلـح، المبـدع، ج٤، ص٢١٤، بتصرف.

(7) الإمام مالك، المدونة، ج١٣، ص٢٦٩.

(8) سبق تخريجه، انظر: ص٨٠ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد الكفالة بسبب الخيار

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الكفالة بسبب الخيار، تبعاً لاختلافهم في ثبوت الخيار في عقد الكفالة، فمن قال بثبوته أجاز الرجوع، ومن قال بعدم ثبوته لم يجز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في ثبوت الخيار في عقد الكفالة على قولين:

القول الأول: عدم ثبوت الخيار في عقد الكفالة، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنها بسبب الخيار، وهو قول الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

وجه ذلك:

أولاً:" إن الخيار لدفع الغبن، وطلب الحظ، والضامن يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون، وأنه لا حظ له في العقد، ولهذا يقال: الكفالة أولها ندامة، وأوسطها ملامة، وآخرها غرامة "[٣].

ثانياً: القول بثبوت الخيار في عقد الكفالة يتنافى ومقتضاه، قال العز بن عبد السلام:" الضمان لا يحصل مقصوده إلا بلزومه "[٤].

ثالثاً: قياساً على النذر، بجامع أنه عقد لا يفتقر إلى القبول[٥].

القول الثاني: ثبوت خيار الشرط في عقد الكفالة، حيث يثبت للكفيل كما يثبت للمكفول له، وهو قول الحنفية، قال ابن نجيم:" لو كفل بمال، أو شرط، وشرط الخيار للمكفول له، أو للكفيل، جاز "[٦]. فيكون للكفيل، والمكفول له، الرجوع عن عقد الكفالة بسبب خيار الشرط.

---

(1) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٤١ والتنبيه، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ، ص١٠٦ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٤٣.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٥٦ وانظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٢٧.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٤١ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٥٦.

(4) العز، أبو محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي، ت:(٦٦٠هـ). قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج٢، ص١٢٦ وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٥٦.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٥٦.

(6) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٤ وانظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٧٠.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان قول الشافعية، والحنابلة، بعدم جواز الرجوع عن عقد الكفالة بسبب الخيار؛ لعدم ثبوت الخيار فيها؛ للأسباب الآتية:

أولاً: إن الخيار لدفع الغبن، وطلب الحظ، والعاقد يدخل فيها على بصيرة أنه مغبون، وأنه لا حظ له في العقد.

ثانياً: عدم تحقق مقصود عقد الكفالة مع القول بثبوت الخيار، إذ القول بثبوت الخيـار فـي عقـد الكفالة يتنافى ومقتضاه، وهو إلزام الكفيل بما كفل.

المبحث الثالث

الرجوع في عقد الحوالة(١)

تمهيد:

صورة الحوالة، ومشروعيتها:

أولاً: صورة الحوالة

أن يكون رجل له على آخر دين، ولذلك الرجل دين على رجل آخر، فيحيل الطالب له على الـذي له عليه مثل دينه، فإذا استحال عليه ورضي ذمته إلى ذمة الآخر، برئ المحيل من الدين، ولـم يكـن عليه منه تبعة، وصار الحق على المحال عليه.

---

(1) **الحوالة لغةً**:

بفتح الحاء وكسرها، مشتقة من التحول بمعنى الانتقال. انظر: الجرجاني، التعريفـات، ص١٢٦ والـرازي، مختـار الصحاح، باب: الحاء، ص٦٨.

الحوالة اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها:" نقل الدين من ذمة إلى ذمة ". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٦٦ والزيلعـي، تبيـين الحقائق، ج٤، ص١٧١ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٣٤٠ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٣٤٠ وابن الشحنة، لسان الحكام، ص٢٦٠.

عرفها المالكية بأنها:" نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى، تبرأ بها الأولى ". انظر: الـدردير، الـشرح الكبيـر، ج٣، ص٣٢٥ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٢٥ والنفراوي، الفواكـه الـدواني، ج٢، ص٢٤٠ والمـواق، التـاج والإكليل، ج٥، ص٩٠.

عرفها الشافعية بأنها:" عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة ". انظر: الـشربيني، مغنـي المحتـاج، ج٢، ص١٩٣ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٧٤ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٣٨ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٣٦٢

عرفها الحنابلة بأنها:" تحول الحق من ذمة إلى ذمة أخرى ". انظر: البهوتي، كشاف القنـاع، ج٣، ص٣٨٢ وشـرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٣٤ والروض المربع، ج٢، ص١٩٠ وابن قدامة، المغنـي، ج٤، ص٣٣٦ وابـن مفلـح، المبدع، ج٤، ص٢٧٠ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٢٢٢.

عرفها القانون المدني الأردني في المادة(٩٩٣) بأنها:" نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ".

مما تقدم يتبين اتفاق الفقهاء، والقانون المدني الأردني على تعريف الحوالة بأنها: نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى، فلا يخرج تعريفهم للحوالة عن هذا المعنى، والذي يشترك في أصله مع المعنى اللغوي.

ثانياً: مشروعية الحوالة: ثبتت مشروعية الحوالة بالسنة، والإجماع، والقياس، والمعقول:

من السنة النبوية الشريفة: ما رواه أبو هريرة- رضي ا عنه- أن رسول ا - صلى ا عليه وسلم- قال:" مطل* الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملي، فليتبع "[١].

وجه الدلالة: قالوا: الأمر في الحديث، سواء أكان للوجوب، أم للاستحباب، فهو دليل جواز نقل الحق شرعاً، أو المطالبة[٢].

قال المباركفوري:" فليتبع بفتح الياء، وسكون التاء، وفتح الموحدة - أي فليحتل- يعني: فليقبل الحوالة"[٣].

الإجماع: نقل الإجماع على جواز الحوالة غير واحد، منهم ابن قدامة حيث قال:" أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة "[٤].

القياس: قياساً على الكفالة، بجامع المعروف[5].

المعقول: أجيزت الحوالة لشدة الحاجة إليها، لما فيها من التخفيف، والتيسير على المديون[٦].

خالف في مشروعيتها الأصم[٧]، وأجيب عن ذلك: بأنه لا عبرة بمخالفة الأصم[٨].

وقد يعلل قولهم:" إنه لا عبرة بمخالفة الأصم"؛ انعقاد الإجماع عليها قبل الأصم، أي من زمن الصحابة- رضي ا عنهم- فيكون قوله خلاف الإجماع.

---

* **المطل:** التسويف والمدافعة بالعدة، والدين. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: مطل، ج١١، ص٦٢٤.

والمراد هنا: تأخير ما استحق أداؤه بغير عذر من قادر على الأداء ". انظر: الصنعاني، سبل السلام، ٣، ص٦١.

(1) أخرجه الشيخان: أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الحوالات، باب: في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، ج٢، ص٧٩٩، حديث رقم:(٢١٦٦) وأخرجه من نفس الكتاب، باب: إذا أحال على ملي فليس له رد، ج٢، ص٧٩٩، حديث رقم:(٢١٦٧) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء، ج٣، ص١١٩٧، حديث رقم:(١٥٦٤)، **لفظ الحديث:** متفق عليه.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٦٩ وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص٢٣٩ والصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٦١.

(3) المباركفوري، تحفة الأحوذي، ج٤، ص٤٤٦ كذلك قال الآبادي، انظر: الآبادي، محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م، ج٩، ص١٣٩.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٣٦ وانظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٦٩ وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص٢٣٩ والقرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٤١ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٣.

(5) القرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٤١.

(6) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص٢٣٩ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٦٩.

(7) البهوتي،كشاف القناع،ج٣، ص٣٨٢وابن مفلح،المبدع، ج٤،ص٢٧٠والرحيباني، مطالب أولي النهى،ج٣،ص٣٢٤.

(8) المراجع السابقة، نفس المواطن.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الحوالة بسبب طبيعة العقد

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] أن الحوالة من العقود اللازمة، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنها بإرادته المنفردة.

وجه ذلك: قول ابن عباس- رضي ا عنه-:" فإن توي لأحدهما لم يرجع على صاحبه "[5].

وجه الدلالة: الأثر صريح في عدم جواز رجوع المحال على المحيل إذا توي المحال عليه.

وبه أخذ القانون المدني الأردني حيث نصت المادة (٩٩٤) على أن:" الحوالة عقد لازم، إلا إذا شرط أحد أطرافه لنفسه خيار الرجوع "[6].

مع هذا الاتفاق بين الفقهاء على لزوم عقد الحوالة، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفاصيل المتعلقة بحكم الرجوع، فاستثنى الحنفية من لزوم عقد الحوالة، وجواز رجوع المحال- الدائن- على المحيل، حالة التوى، وفُسره الحنفية بما يلي[7]:

أولاً: إذا مات المحال عليه مفلساً، وهو محل اتفاق بين فقهاء الحنفية.

ثانياً: إذا جحده، وحلف، ولا بينة للمحال، وهو أيضاً محل اتفاق بين فقهاء الحنفية.

ثالثاً: إذا أفلس المحال عليه حال حياته، وقضى القاضي بإفلاسه، قال به الصاحبان- أبو يوسف، ومحمد- خلافاً للإمام أبي حنيفة.

ففي هذه الحالات الثلاث يكون للمحال الرجوع عن الحوالة، بأن يرجع على المحيل بدينه.

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٦٩، ٢٧٢.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٢٨ والعدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٤٧٣.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ٢، ص١٩٦ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص١٩.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٨٣ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٣٥ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٣٨ والكافي، ج٢، ص٢١٨ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٣٢٥.

(5) أخرجه الإمام البخاري معلقاً: انظر: الإمام البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الحوالات، باب: في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، ج٢، ص٧٩٩.

(6) هذا الشرط الذي أخذ به القانون المدني الأردني وقيد به نص هذه المادة بقوله:" إلا إذا شرط أحد أطرافه لنفسه خيار الرجوع ". يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية، حيث قال ابن نجيم:" إذا جعل للمحال الخيار، أو أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح ". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٢٧٢.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨ وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص٢٤٥، ٢٤٦ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص١٧٣.

سبب الخلاف بين فقهاء الحنفية في اعتبار قضاء القاضي بإفلاس المحال عليه حال حياته من معاني التوى، فيكون سبباً يستحق به المحال الرجوع على المحيل:

يرجع سبب الخلاف في ذلك إلى اختلافهم في مسألة هل للقاضي أن يحكم بالإفلاس حال الحياة، أم لا ؟ عند الصاحبين: للقاضي أن يقضي بالإفلاس حال الحياة، وعند الإمام: لا يقضي به؛ لأنه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له، فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل[1].

وجه استثناء الحنفية لهذه الحالات الثلاث من لزوم عقد الحوالة:

أولاً: ما روي عن سيدنا عثمان- رضي ا عنه- أنه قال:" ليس على مال امرئ مسلم توى "[2].

وجه الدلالة: دل الأثر بمنطوقه على أنه ليس على مال مسلم ضياع، أو هلاك، أو خسارة، حيث فسر التوى في اللغة[3]، والشرع[4]، بالضياع، والخسارة، وهلاك المال.

يجاب عنه بأمرين[5]: الأول: إن الحديث لم يصح، في سنده أبو إياس معاوية بن قرة المزني، وهو منقطع، فهو من الطبقة الثالثة من تابعي أهل البصرة، لم يدرك عثمان، ولا كان في زمانه.

الثاني: لو سلمنا بصحته، فليس فيه حجة؛ لأنه لا يدري أقال ذلك في الحوالة، أم في الكفالة.

قال ابن قدامة:" حديث سيدنا عثمان- رضي ا عنه- لم يصح، يرويه خالد بن جعفر، عن معاوية بن قرة، عن عثمان، ولم يصح سماعه منه، وقد روي أنه قال في حوالة، أو كفالة، وهذا يوجب التوقف، ولا يصح "[6]. **ثانياً:** لأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين، فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب، فلم يسلم إليه "[7]. **يجاب عنه:** قولهم معاوضة لا يصح؛ لأنه يفضي إلى بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه، ويفارق المعاوضة بالثوب؛ لأنه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه، وههنا الحوالة بمنزلة القبض، وإلا كان بيع دين بدين[8].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨، ١٩.

(2) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الحوالة، باب: من قال يرجع على المحيل لا توى على مال مسلم، ج٦، ص٧١، رقم:(١١١٧٣)، **الحكم على الأثر:** قال البيهقي**:"** في سنده أبو إياس معاوية بن قرة المزني، وهو منقطع، فهو من الطبقة الثالثة من تابعي أهل البصرة، لم يدرك سيدنا عثمان- رضي ا عنه-، ولا كان في زمانه ". انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص٧١.

(3) ابن منظور، لسان العرب، مادة: توا، ج١٤، ص١٠٦.

(4) المباركفوري، تحفة الأحوذي، ج٤، ص٤٤٦.

(5) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص٧١.

(6) ابن قدامة المغني، ج٤، ص٣٣٩.

(7) المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٨، ٣٣٩.

(8) المرجع السابق، ج٤، ص٣٣٩.

أما المالكية، فقالوا:" يتحول بمجرد عقد الحوالة حق المحال على المحال عليـه، وإن أفلـس، أو جحد المحال عليه الحق بعد عقد الحوالة....أما الفلس حين الحوالة، فلا يمنع منها، بل يتحـول الحـق معه، إلا أن يَعلمَ المحيل بإفلاسه- أي إفلاس المحال عليه- فله- أي المحال- الرجوع، لأنه غره"(١).

من ذلك يتبين أن المالكية يجيزون للمحال الرجوع عن الحوالة في حالة واحدة، وهي فيما إذا عَلِمَ المحيل بفلس المحال عليه، ولم يعلِم المحال بذلك. **وجه ذلك:** إنه بعدم إعلامه، غرر به- أي بالمحال- فكان له الرجوع على المحيل بدينه لدفع الغرر، كما لو دلس المبيع(٢).

أما الشافعية، فقالوا:" يبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحال، والمحال عليه عـن ديـن المحيـل، ويتحول حق المحال إلى ذمة المحال عليه- أي يصير في ذمته- فلو كان المحال عليـه مفلـساً عنـد الحوالة، وجهله المحال، فلا رجوع له؛ لأنه مقصر بترك البحث، وقيل: له الرجوع إن شرط يـساره، لإخلاف الشرط "(٣).

من ذلك يتبين أن الشافعية لا يجيزون للمحال الرجوع إلا في حالة واحدة، وهي فيما لـو شـرط المحال يسار المحال عليه، فبان أنه مفلس، كان له الرجوع على المحيل في هذه الحال.

أما الحنابلة، فقالوا:" إذا صحت الحوالة برئ المحيل من الدين؛ لأنه قد تحول من ذمتـه، فـإن تعذر الإيفاء من المحال عليه لموت، أو فلس حادث، أو مطلٍ، لم يرجع على المحيل كما لو أبرأه، وإن كان مفلساً ولم يرضَ المحال بالحوالة، فحقه باق على المحيل؛ لأنه لا يلزمه الاحتيال على مفلس، وإن رضي مع العلم بحاله لم يرجع؛ لأن الذمة برئت من الحق فلم يعد إلى الشغل كما لو كان مليئـاً، وإن رضي مع الجهل بحاله، ففيها روايتان: إحداهما لا يرجع، والثانية يرجع، وإن شرط مـلاءة* المحـال عليه، فله شرطه "(٤).

من ذلك يتبين أن الحنابلة يشترطون ملاءة المحال عليه للزوم الحوالة، إلا أنهم قيدوا هذا الـشرط برضا المحال، فإن رضي بالحوالة مع عِلمهِ بحال المحال عليه، سقط حقه في الرجوع عن الحوالة.

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٢٨ وانظر: العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٤٧٣.

(2) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(3) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٥، ١٩٦ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٣٩ بتصرف يسير.

* **المليء:** قال البهوتي:" فسر الإمام أحمد المليء، فقال: هو أن يكون قادراً بماله، وقوله، وبدنه... فالملاءة في المـال: القدرة على الوفاء، والملاءة في القول: أن لا يكون مماطلاً، والملاءة بالبدن: إمكان حضوره مجلس الحكـم ". انظـر: البهوتي، كشاف القناع، ٣، ص٣٨٦ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٣٩ والرحيبـاني، مطالـب أولـي النهـى، ج٣، ص٣٢٨ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٣٤٤.

(4) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٢١، ٢٢٢ وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٣٨، ٣٣٩ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٨٣ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٣٢٨ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٣٤٤.

اختص الشافعية، والحنابلة ببحث مسألة، وهي: إذا رضي المحال بالحوالة مـع جهلـه بحـال المحال إليه، فبان إفلاسه، هل له الرجوع، وذلك بأن يرجع على المحيل، أم لا ؟

القول الأول: ليس له الرجوع، وهو قول الشافعية[1]، ورواية عند الحنابلة[2].

وجه ذلك: إنه مقصر بترك البحث[3].

القول الثاني: له الرجوع، وهي الرواية الثانية عند الحنابلة[4].

وجه ذلك:

أولاً: ما رواه أبو هريرة- رضي ا عنه- أن رسول ا - صلى ا عليه وسلم- قـال:" مطـل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء، فليتبع "[5].

وجه الدلالة: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" على مليء " دل على اعتبار المـلاءة فـي ترتيـب الحوالة؛ لأن ترتيب الحكم على الوصف يدل على عليته، فتكون الملاءة علة ثبوت الحوالة، وعدم العلة علة لعدم المعلول، فتعدم الحوالة، وتعود لحقه[6].

يجاب عنه: إن استدلالهم بهذا الحديث خارج عن محل الخلاف، وإنما يحمل على مـا إذا أحيـل واشترط ملاءة المحال عليه، لا بقبوله الحوالة مع جهله بحاله- أي حال المحال عليه- فهـو مقـصر بترك البحث، والسؤال.

ثانيا: قياساً على من اشترى سلعة، فوجدها معيبة؛ لأن الفلس عيب في المحال عليه[7].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن الحوالة ليست بيعا، ولا في معنى البيع، فافترقا.

أما كونها ليست بيعاً فمن وجهين[8]:

الأول: عدم العين فيها.

الثاني: لو كانت بيعاً، لكانت بيع دين بدين، ولما جاز التفرق؛ لأنها بيع مال الربا بجنسه.

وقولهم ليست في معنى البيع؛ فلأنها لم تبنَ على المغابنة[9].

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٥، ١٩٦ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٣٩.

(2) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٢١.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٥، ١٩٦ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٣٩.

(4) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٢٢ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٣٤٤.

(5) سبق تخريجه، انظر: ص١٨٣ من هذه الرسالة.

(6) القرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٥١.

(7) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٣٨ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٧١.

(8) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٨٣

(9) القرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٤٤ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٣٨ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢١٨.

الرأي المختار:

مما تقدم من مناقشة لقول الحنابلة في الرواية الثانية، القاضي بأن للمحال الرجوع عـن الحوالـة – أي برجوع المحال على المحيل– إذا رضي المحال بالحوالة مع جهله بحال المحـال عليـه، يـرى الباحث أن هذه الرواية مرجوحة بالنسبة للرواية الأولى، الذي وافقهم عليها الشافعية، القاضية بأن ليس للمحال الرجوع إذا رضي بالحوالة مع جهله بحال المحال عليه؛ لأنه يكون قـد أسـقط حـق نفـسه، بتقصيره بترك البحث، والسؤال.

مما تجدر الإشارة إليه أن فقهاء المالكية[١]، والحنابلة[٢]، والشافعية في قول[٣]، متفقون على عـدم لزوم عقد الحوالة، وجواز الرجوع عنها- أي برجوع المحال على المحيل- إذا اشترط المحال مـلاءة المحال عليه، فبان إفلاسه.

وجه ذلك:

استدلوا بقوله- صلى ا عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[٤].

وجه الدلالة:

إنه شرط شرطاً مقصوداً، فإذا بان خلافه، ملك الرد كما لو شرطه في المبيع[5]، فكان له الرجوع؛ لإخلافه الشرط[٦]، وهو اشتراط يساره.

---

(1) العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٤٧٣.

(2) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٢٢ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٨٧ وضويان، منار السبيل، ج١، ص٣٤٤.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٦ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٣٩.

(4) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٨٧ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٢٢.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٦ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٣٩.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد الحوالة بسبب الخيار

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الحوالة بسبب الخيار، تبعاً لاختلافهم في ثبوت الخيار في عقد الحوالة، فمن قال بثبوته أجاز الرجوع، ومن قال بعدم ثبوته لم يجز الرجوع؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في ثبوت الخيار في عقد الحوالة على قولين:

القول الأول: عدم ثبوت الخيار في عقد الحوالة، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنها بسبب الخيـار، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

وجه ذلك:

أولاً: إنها ليست بيعاً(٤) وذلك من وجهين(٥):

الأول: عدم العين فيها.

الثاني: لو كانت بيعاً لكانت بيع دين بدين، ولما جاز التفرق؛ لأنها بيع مال الربا بجنسه.

ثانياً: ليست في معنى البيع؛ لأنها لم تبنَ على المغابنة(٦).

القول الثاني: ثبوت خيار الشرط في عقد الحوالة، حيث يثبت للمحال كما يثبت للمحال عليه، وهو قول الحنفية، قال ابن عابدين:" الخيار في الكفالة، والحوالة يصح.... إذا شُرط- أي الخيار- للمحـال أوالمحال عليه صح؛ لأنه يشترط رضاهما "(٧).

---

(1) القرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٤٤.

(2) **قال الشربيني**" لا يثبت في عقدها خيار ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٥ والمهذب، الـشيرازي، ج١، ص٣٣٨ والمطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص١٨٢.

(3) **قال ابن قدامة**:" لا يدخلها خيار ". انظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢١٨ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٨٣ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٣٤.

(4) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٣٨ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩٥ والبهـوتي، كـشاف القنـاع، ج٣، ص٣٨٣ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢١٨.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٨٣

(6) القرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٤٤ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٣٨ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢١٨.

(7) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٧٠ وانظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص، ٢٠٥، ٢٧٢.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان قول جمهور الفقهاء، بعدم جواز الرجوع عن عقد الحوالة بسبب الخيار؛ لعدم ثبوت الخيار فيها؛ للأسباب الآتية:

أولاً: إنها ليست بيعاً، ولا في معنى البيع.

ثانياً: إن العاقد يدخل فيها على بصيرة أنه مغبون.

ثالثاً: عدم تحقق مقصود عقد الحوالة مع القول بثبوت الخيار، إذ القول بثبوت الخيار فـي عقـد الحوالة يتنافى ومقتضاه، وهو:" إلزام المحال عليه بالدين مطلقاً "[١].

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٨٣ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٣٥ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٧١.

المطلب الثالث

موانع الرجوع في عقد الحوالة

من تتبع أراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الحوالة، يتبين ما يمكن اعتباره مانعاً من الرجـوع عن هذا العقد:

أولاً: رضا المحال بالحوالة مع علمه بإفلاس المحال عليه، يعَد مانعاً من الرجوع عند المالكية[١]، والحنابلة[٢].

ثانياً: رضا المحال بالحوالة مع جهله بحال المحال عليه، يعَد مانعاً من الرجوع عند الحنابلة فـي رواية[٣].

---

(1) انظر قول المالكية: ص١٨٦ من هذه الرسالة.

(2) انظر قول الحنابلة: ص١٨٦ من هذه الرسالة.

(3) انظر قول الحنابلة: ص١٨٧ من هذه الرسالة.

الفصل الخامس

حكم الرجوع في عقود الإرفاق المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

الرجوع في عقد القرض[1]

تمهيد:

مشروعية القرض:

ثبتت مشروعية القرض بالكتاب، والسنة، والإجماع:

من القرآن الكريم:قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه [٢]

وجه الدلالة: قال الطبري: **إذا تداينتم** يعني إذا تبايعتم بدين، أو اشتريتم، أو تعاطيتم، أو أخذتم به إلى أجل مسمى، وقد يدخل في ذلك القرض، والسلم "[٣].

من هنا يتبين وجه الدلالة، أنه لو لم يكن القرض مشروعاً، لما أتت الآية الكريمة آمرةً بتوثيقه.

---

(1) **القرض لغةً**: القطع، مأخوذ من الفعل قرضَ، وهو: ما يتجازى به الناس بينهم، ويتقاضونه، وجمعه: قروض. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: قرض، ج٧، ص٢١٦، ٢١٧.

قال الشربيني: سمي بذلك؛ لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١١٧.

القرض اصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه:" ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه ". انظر: الحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص١٦١ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص١٦١.

عرفه ابن عرفة من المالكية، فقال هو:" دفع متمول في عوض غير مخالف له، لاعاجلاً، تفضلاً فقط، لا يوجب إمكان عارية لا تحل، متعلقاً بذمة ". انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٢٢ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص٩٠ والمواق، التاج والإكليل، ج٤، ص٥٤٥.

عرفه الشافعية بأنه:" تمليك الشيء على أن يرد بدله ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١١٧ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، ص٣٤٨ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢١٠ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٤٨.

عرفه الحنابلة بأنه:" دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٢ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٩٩ والروض المربع، ج٢، ص١٥١ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص١٢٣ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٠٤ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٢٣٧.

عرفه الظاهرية، فقالوا هو:" أن تعطي إنساناً وإمهاله إلى أجل مسمى ". انظر: ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٧٦.

عرفه القانون المدني الإردني في المادة(٦٣٦) بأنه:" تمليك مال، أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدراً، ونوعاً، وصفة، إلى المقرض عند نهاية مدة القرض ".

(2) سورة البقرة، الآية:٢٤٥.

(3) الطبري، تفسير الطبري، ج٣، ص١١٦.

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: ما رواه أبو رافع- رضي الله عنه-:" أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- استسلف من رجل بكراً* فقدمت عليه إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً* فقال: أعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء "(1).

وجه الدلالة: ظاهر الحديث يفيد جواز القرض" إذ القرض بلغة أهل الحجاز يسمى سلفاً "(2).

قال الصنعاني:" الحديث دليل على جوازه، وأنه يستحب لمن عليه دين من قرض، أو غيره، أن يرد أجود من الذي عليه، وأن ذلك من مكارم الأخلاق المحمودة عرفاً، وشرعاً، ولا يدخل في القرض الذي جر نفعاً؛ لأنه لم يكن مشروطاً من المقرض، وإنما ذلك تبرع من المستقرض "(3).

ثانياً: ما رواه ابن مسعود- رضي الله عنه- أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال:" ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين، إلا كان كصدقتها مرة "(4).

وجه الدلالة: دل الحيث بمفهومه على مشروعية القرض، بل وفيه حث عليه، حيث إن إقراض الشيء مرتين يقوم مقام التصدق به مرة.

الإجماع:

انعقد الاجماع على مشروعية القرض وجوازه، قال ابن قدامة:" أجمع المسلمون على جواز القرض "(5).

---

* **البكر:** الناقة التي ولدت بطناً واحداً، والجمع: أبكار، وهو الفتي من الأبل. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: بكر، ج٤، ص٧٩ والصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٥٢.

* **رباعياً:** يقال: للذكر من الإبل إذا طلعت رباعيته، وللأنثى رباعية بالتخفيف، وهو: الذي يدخل في السنة السابعة وتبقى رباعيته. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: ربع، ج٨، ص١٠٨ والصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٥٢.

(1) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه، ج٣، ص١٢٢٤، حديث رقم:(١٦٠٠).

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٧٧ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٤٨.

(3) الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٥٣.

(4) أخرجه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب: الصدقات، باب: القرض، ج٢، ص٨١٢، حديث رقم:(٢٤٣٠)، **الحكم على الحديث:** قال الكناني:" إسناده ضعيف، قيس بن رومي مجهول، وسليمان بن نسير، ويقال: ابن قشير، ويقال: ابن شتير، ويقال: ابن سفيان، وكله واحد متفق على تضعيفه ". انظر: الكناني، مصباح الزجاجة، ج٣، ص٦٩.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٠٧ وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٢.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد القرض بسبب طبيعة العقد

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد القرض بسبب صفته

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد القرض بسبب صفته على قولين:

القول الأول: القرض من العقود الجائزة غير اللازمة لكلا المتعاقدين، فلكل منهما الرجوع عنه بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، وهو قول الحنفية[١]، والشافعية[٢].

وجه ذلك: قياساً على المغصوب، والعارية؛ لأن كل ما يملك المطالبة بمثله، ملك أخذه إذا كان موجوداً "[٣].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ " لأنه لم يزل ملكه عنهما؛ ولأنه لا يملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما "[٤]، فافترقا.

القول الثاني: لازم في حق المقرض، جائز في حق المقترض، فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك، وهو قول المالكية[٥]، والحنابلة[٦].

وجه ذلك: قياساً على المبيع؛ لأنه أزال ملكه بعوض من غير خيار، فلم يكن له الرجوع "[٧].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قول المالكية، والحنابلة، القاضي بلزوم عقد القرض في حق المقرض دون المقترض، والذي يبنى عليه أن يكون للمقترض دون المقرض الرجوع عنه؛ لأن القرض يزيل ملك المقرض عن القرض.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٦.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٠ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٠٣ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٨٣.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٠٨.

(4) المرجع السابق، ج٤، ص٢٠٨.

(5) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٢٦ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٢٦ والمواق، التاج والإكليل، ج٤، ص٥٤٨.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٢ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٠٨.

(7) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٠٨.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد القرض إذا كان مضروباً له أجل

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد القرض إذا كان مضروباً له أجل، **وسبب الخلاف** يرجـع إلى اختلافهم في لزوم الأجل في عقد القرض؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في لزوم الأجل فـي القرض على قولين:

القول الأول: الأجل لا يلزم في القرض، سواء أكان مشروطاً في العقد، أم متأخراً عنـه، فيكـون للمقرض الرجوع في قرضه متى شاء، وهو قول جمهـور الفقهـاء مـن الحنفيـة[١]، والـشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

غير أن الحنفية مع قولهم بعدم لزوم الأجل في القرض إلا أنهم استثنوا من ذلك أربع حالات[٤]:

أولاً: إذا كان مجحوداً، وحكم مالكي بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده[٥].

ثانياً: إذا أحاله على آخر، فأجله المقرض[٦].

ثالثاً: إذا أحاله على مديون مؤجل دينه؛ لأن الحوالة مبرئة[٧].

رابعاً: الوصية، كأن أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً سنة، فيلزم من ثلثه، ويسامح فيها نظراً للموصي، أو أن يوصي بتأجيل قرضه الذي له على زيد سنة، فيصح، ويلزم[٨].

وأضاف الحصكفي حالة خامسة، فقال:" من حيل تأجيل القرض كفالته مؤجلاً، فيتأخر عن الأصل؛ لأن الدين واحد، فهي خامسة فلتحفظ "[٩].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٨٤ والسرخسي، المبسوط، ج٣٠، ص١٣٤ والكاساني، بـدائع الـصنائع، ج٧، ص٣٩٦ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٥.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٠ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٠٣ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٢، ص٣٥٥ والشرواني، حواشي الشرواني، ج٥، ص٤٦.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٦ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٠٢ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٠٨.

(4) **قال الحصكفي**:" القرض لا يلزم تأجيله، إلا في أربع حالات ". انظر: الحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص١٥٨.

(5) الحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص١٥٩.

(6) المرجع السابق، ج٥، ص١٥٩.

(7) المرجع السابق، ج٥، ص١٥٩.

(8) الحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص١٥٩ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٦١ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٣٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٦.

(9) الحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص١٥٩ وانظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٣٢.

وجه قول جمهور الفقهاء بعدم لزوم الأجل في القرض:

أولاً: القرض تبرع؛ لأنه لا يقابله عوض للحال، وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع، فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعاً، فيتغير المشروط[1].

يجاب عنه: إنه تبرع ابتداء، معاوضة انتهاء، والمعاوضات يصح فيها الأجل.

ثانياً: قياساً على العارية، بجامع أن القرض يسلك به مسلك العارية، والأجل لا يلزم في العواري[2].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن المستقرض يملك التصرف في عين القرض على أن يرد بدله، أما المستعير في العارية، فلا يملك سوى الانتفاع، إذ هي على رأي بعض الفقهاء " إباحة الانتفاع"[3]، لا تمليك، فافترقا.

ثالثاً: لو لزم الأجل في القرض لصار التبرع ملزماً على المتبرع، وهو لا يجوز[4]؛ لقوله تعالى: **ما على المحسنين من سبيل** [5]، قال الجصاص في شأن هذه الآية:" عموم في أن كل من كان محسناً في شيء، فلا سبيل عليه فيه "[6]، والقرض عقد تبرع؛ لما أن المقرض لا يستوجب بمقابلته على المقترض شيئاً.

يجاب عنه: إن القرض وإن كان تبرعاً، إلا أنه عقد في النهاية، والله - سبحانه وتعالى- يقول: **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** [7].

رابعاً: قياساً على الصرف، بجامع أنه عقد منع فيه التفاضل، فمنع فيه الأجل[8].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق، إذ لو صح قياسهم على الصرف، لما جاز فيه التفرق قبل التقابض.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٦.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٦ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٨٤.

(3) الشربيني مغني المحتاج، ج٢، ص٢٦٣ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٣٠ والبهوتي، الروض المربع، ج٢، ص٣٣٨ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٢١ وابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٦٨.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٨٤.

(5) سورة التوبة، الآية:٩١.

(6) الجصاص، أحكام القرآن، ج٤، ص٣٥٢.

(7) سورة المائدة، الآية:١.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٠ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٦ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٠٢.

القول الثاني: لزوم الأجل في القرض، وهو قول المالكية[١]، والظاهرية[٢]، والشيخ تقي الدين من الحنابلة[٣]، وبه قال ابن عمر، وعطاء، وعمرو بن دينار[٤] - رضي ا عنهم جميعاً -.

قال الدسوقي المالكي:" إن كان له أجل مضروب، أو معتاد، لزمه رده إذا انقضى ذلـك الأجـل، وإن لم ينتفع به عادة أمثاله، فإن لم يكن ضرب له أجل، ولم يعتد فيه أجل، فلا يلـزم المقتـرض رده لمقرضه، إلا إذا انتفع به عادة أمثاله "[٥].

وقال ابن شاس:" لو أراد الرجوع في قرضه منع، إلا بعد مـضي مـدة الانتفـاع، بالـشرط، أو العادة"[٦].

وعليه فليس للمقرض الرجوع في قرضه، إلا بعد مضي مدة الانتفاع، بالشرط، أو العادة، ومعنى قولهم بالشرط: أي إذا وجد شرط من قبل المقرض على المستقرض برد القرض عند الطلـب، لزمـه الرد عند طلبه.

قال الدسوقي المالكي:" لا يلزم المقترض أن يرد القرض لمقرضه إن طلبه قبل أن ينتفع به عـادة أمثاله، ما لم يشترط عليه المقرض رده متى طلبه منه، أو جرت العادة بذلك، وإلا لزمه رده ولو قبـل انتفاعه به عادة أمثاله "[٧].

وجه ذلك: استدلوا بالكتاب، والسنة:

من القرآن الكريم:قوله تعالى: يا أَيها الذِين آمنُواْ إِذَا تَداينتُم بِدينٍ إِلَى أَجلٍ مسمى فَاكْتُبوه [٨].

وجه الدلالة: عموم النص، بشموله لكل دين، قال القرطبي:" استدل بها بعض علمائنا على جـواز التأجيل في القروض على ما قال مالك، إذ لم يفصل بين القرض، وسائر العقود في المداينات "[٩].

وقال ابن حزم:" إن شرط الأجل قد ثبت في كتاب ا ، فلا يجوز إبطاله إلا بنص آخر، ولا سـبيل إلى نص في ذلك "[١٠].

---

(1) الدردير،الشرح الكبير،ج٣،ص٢٢٦والدسوقي،حاشية الدسوقي،ج٣، ص٢٦والمواق، التاج والإكليل، ج٤، ص٥٨٤.

(2) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٨٤.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٦ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٢٤١.

(4) الإمام البخاري، صحيح البخاري، ج٢، ص٨٤٦.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٢٦ وانظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٢٦.

(6) المواق، التاج والإكليل، ج٤، ص٥٨٤.

(7) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٢٦.

(8) سورة البقرة، الآية:٢٤٥.

(9) القرطبي، تفسير القرطبي، ج٣، ص٣٧٧.

(10) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٨٤ بتصرف يسير.

أجاب الجصاص عن الاستدلال بعموم هذه الآية، فقال:" لا دلالة فيها على جواز كـل ديـن، ولا على جواز التأجيل في جميعها، وإنما فيها الأمر بالإشهاد على دين قد ثبت فيه التأجيل، لإسـتحالة أن يكون المراد به الإشهاد على ما لم يثبت من الديون، ولا من الآجال، فوجب أن يكون مراده إذا تداينتم بدين قد ثبت فيه التأجيل فأكتبوه، ومما يدل على أن القرض لم يدخل فيه، أن قوله تعالى: **إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ** قد اقتضى عقد المداينة، وليس القرض بعقد مداينة* إذ لا يصير ديناً بالعقـد دون القـبض، فوجب أن يكون القرض خارجاً منه "[١].

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[٢].

وجه الدلالة: عموم الحديث في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرطه الإنسان على نفسه، فمـن شـرط على نفسه شرطاً، ألزم حكمه عند وجود شرطه[٣].

يجاب عنه: إن القرض عقد تبرع، وإحسان؛ لما أن المقرض لا يستوجب بمقابلته على المقتـرض شيئاً، وا - تعالى- يقول: **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ** [٤]، أي إن من كان محسناً في شيء، فـلا سبيل عليه فيه[٥].

يرد عليه: إنه لا تعارض بين الدليلين، فيحمل عموم قوله تعالى: **مَـا عَلَـى الْمُحْـسِنِينَ مِـن سَبِيلٍ** [٦]، على حال ما قبل حصول القرض، أي لا إلزام، ولا إجبار على المقرض في إقراض غيره، ويحمل قوله- صلى ا عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[٧]، على مـا إذا اتفـق المتعاقـدان – المقرض، والمستقرض– على اشتراط الأجل في القرض، فيكون القول بلزوم الأجل في القرض فيه إعمال للدليلين، وكما هو معلوم إن إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما.

---

* **الفرق بين عقد القرض والمداينة: قال العسكري:**" القرض أكثر ما يستعمل في العين، والورق، وهو: أن تأخذ مـن مال الرجل درهماً لترد عليه بدله درهماً، فيبقى عليك ديناً إلى أن ترده، فكل قرض دين، وليس كل دين قرضاً، وذلـك أن أثمان ما يشترى بالنساء ديون، وليست بقروض، فالقرض يكون وفاؤه من جنس ما اقترضه، وليس كذلك الـديون ". انظر:العسكري، أبو هلال، الفروق في اللغة،الطبعة الثانية،عدد الأجز:(١)،دار الآفاق،بيروت،لبنان،١٩٧٧م، ص١٦٥.

(1) الجصاص، أحكام القرآن، ج٢، ص٢٠٧.

(2) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص٢٨٦ و ج٥، ص٢٣٣.

(4) سورة التوبة، الآية:٩١.

(5) الجصاص، أحكام القرآن، ج٤، ص٣٥٢.

(6) سورة التوبة، الآية:٩١.

(7) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

ثانياً: ما رواه أبو هريرة- رضي ا عنه- عن رسول ا - صلى ا عليه وسلم-:" أنـه ذكـر رجلاً من بني إسرائيل، سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه، فدفعها إليه إلى أجل مسمى"[١].

وجه الدلالة:

الحديث صريح في جواز تأجيل القرض، لما عِلِمَ أن " القرض بلغة أهل الحجاز يسمى سـلفاً "[٢]، ولعل المالكية استدلوا بهذا الحديث جرياً على أصلهم أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ[٣]، في حين ذهب الشافعية إلى عدم الاستدل بهذا الحديث؛ لأنه يخالف أصلهم القاضي:" أن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا، وإن ورد في شرعنا ما يقرره "[٤]، وبه يمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القـول الثـاني، القاضي بلزوم الأجل في القرض، فليس للمقرض الرجوع في قرضه قبل حلول أجلـه، إذا كـان قـد ضرب له أجل، للأسباب الآتية:

أولاً: اتفاقه مع الأصل العام القاضي بإلزامية العقود، ووجوب الوفاء بالـشروط، امتثـالاً لقولـه تعالى: **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** [5]، وقوله- صلى ا عليه وسـلم-:" المـسلمون علـى شروطهم"[٦].

ثانياً: رفع الضرر عن المستقرض، إعمالاً لقولـه- صـلى ا عليـه وسـلم-:" لا ضـرر ولا ضرار"[٧]، إذ المطالبة بالقرض قبل حلول أجله قد توقع الضرر بالمستقرض، وهو مـا اسـتقرض إلا لرفع الضرر.

ثالثاً: لا يستقيم القول بحصول المقرض على الأجر والثواب الذي وعده ا إياه؛ لتفريجـه كربـة أخيه المسلم، والقول بعدم لزوم الأجل في القرض، والمطالبة به قبل أوانه.

---

(1) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الاستقراض، وأداء الديون، والحجر، والتفليس، باب: إذا أقرضه إلـى أجل مسمى، أو أجله في البيع، ج٢، ص٨٤٧، حديث رقم:(٢٢٧٤).

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٧٧ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٤٨.

(3) العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٢٤٩.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٢٩.

(5) سورة المائدة، الآية:١.

(6) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(7) سبق تخريجه، انظر: ص٨٠ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد القرض بسبب الخيار

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣] في عدم ثبوت الخيـار فـي عقـد القرض، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه بسبب الخيار.

وجه ذلك:

أولاً: إن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره، فأشبه الهبة، والمقتـرض متـى شـاء رده، فيستغني عن ثبوت الخيار له[٤].

ثانياً: إنه ليس بيعاً، ولا في معنى البيع[٥].

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج٣٠، ص١٣٤.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٠٣.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٢ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٠٨.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٠٨.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٢.

المبحث الثاني

الرجوع في عقد العارية[١]

تمهيد: مشروعية العارية

ثبتت مشروعية العارية بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿فويلٌ للمصلين، الذين هم عن صلاتهم ساهون، الذين هم يراؤون، ويمنعون الماعون﴾[٢].

---

(1) **العارية لغةً:**

بتشديد الياء على المشهور وتخفيفها، منسوبة إلى العارة، وهو اسم من الإعارة، تقول: أعرته الشيء أعيره إعارة وعارة، وسميت العارية عارية، لتعريها عن العوض. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: عور، ج٤، ص٦١٩ والبعلي، المطلع على أبواب المقنع، ص٢٧٢ والقونوي، قاسم بن عبدا بن أمير بن علي، ت:(٩٧٨هـ). أنيس الفقهاء، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء، جدة، السعودية، ١٤٠٦هـ، ص٢٥١.

العارية اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها:" تمليك المنافع بغيرعوض ". انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٨٣ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٤٠٠ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٨٠ والسرخسي، المبسوط، ج١١، ص١٣٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٢٠.

عرفها المالكية بأنها:" تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض ". انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٢٦٨ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢٦٨ والعدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٣٥٥ وابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٤٥.

عرفها الشافعية بأنها:" إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٦٣ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٩٥ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٣٠ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٧٨ والرملي، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ص٢١٤.

عرفها الحنابلة بأنها:" إباحة نفع عين تبقى بعد استيفائه ". انظر: البهوتي، الروض المربع، ج٢، ص٣٣٨ وعرفها ابن قدامة، فقال هي:" إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال ". انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٢٨.

عرفها الظاهرية بأنها:" إباحة منافع بعض الشيء، كالدابة للركوب، والثوب للباس، والفأس للقطع، والقدر للطبخ، وسائر ما ينتفع به ". انظر، ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٦٨.

عرفها القانون المدني الأردني في المادة(٧٦٠) بأنها:" تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة، أو غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال ".

مما تقدم من تعريف لعقد العارية عند الفقهاء، والقانون المدني الأردني، يتبين أنهم وإن اختلفوا في تكييفهم لعقد العارية هل هو تمليك للمنافع، أم إباحة لها، إلا أنهم متفقون على أن عقد العارية عقد يقع على المنافع، ولا يقع على الأعيان.

(2) سورة الماعون، الآيات:٤- ٧.

وجه الدلالة: توعد ا - سبحانه وتعالى- مانع الماعون بالويل، وقد فـسر جمهـور المفـسرين الماعون، فقالوا:" هو ما يتعاوره الناس بينهم من الفأس، والقدر، والدلو "[١]، فاقتضى توعده سـبحانه لمانع العارية بالويل، وجوب الفعل، فدلت الآية بمفهومها على جواز العارية.

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: ما رواه أنس بن مالك- رضي ا عنه- قال:" كان بالمدينة فزع، فاستعار النبي- صلى ا عليه وسلم- فرساً لأبي طلحة يقال له: مندوب، فركبه، فقال: ما رأينا من فزع، وإن وجدناه لبحرا"[٢].

ثانياً: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والـزعيم غـارم، والـدين مقضي"[٣].

وجه الدلالة من الأحاديث السالفة:

الأحاديث صريحة الدلالة على جواز العارية، لفعل النبي- صلى ا عليه وسلم- لهـا، حيـث إن أدنى ما يثبت بفعله- صلى ا عليه وسلم- الجواز.

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز العارية من لدن سيدنا محمد- صلى ا عليه وسلم- إلى يومنا هذا مـن غير نكير يذكر، قال ابن قدامة:" أجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها "[٤].

المعقول:

إنه لما جازت هبة الأعيان، جازت هبة المنافع، ولذلك صـحت الوصـية بالأعيـان، والمنـافع جميعاً[5].

---

(1) الجصاص، أحكام القرآن، ج٥، ص٣٧٥ والقرطبي، تفسير القرطبي، ج٢٠، ص وابن كثير، تفسيرابن كثير، ج٤، ص٥٥٦ ٢١٤.

(2) أخرجه الشيخان، أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الهبة وفضلها، باب: من استعار من الناس الفـرس، ج٢، ص٩٢٦، حديث رقم:(٢٤٨٤) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الفضائل، باب: شجاعة النبي - صـلى ا عليه وسلم- وتقدمه للحرب، ج٤، ص١٨٠٣، **لفظ الحديث**: لمسلم.

(3) سبق تخريجه، انظر: ص١٧٥ من هذه الرسالة.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٢٨ وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٦٣

(5) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٢٨.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد العارية

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد العارية على قولين:

القول الأول: للمعير الرجوع في عاريته متى شاء، مطلقة كانت، أو مقيدة، ما لم يأذن المعير في شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه؛ لأن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤].

غير أن الظاهرية أجازوه في العارية المطلقة، دون المقيدة، إذ لا يجيزون تقييد العارية بأجل[٥]؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله، وكل شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل[٦].

وجه ذلك: استدلوا بالسنة، والقياس، والمعقول:

أولاً: من السنة النبوية الشريفة

قوله- صلى الله عليه وسلم-:" العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والزعيم غارم، والدين مقضي"[٧].

وجه الدلالة: ظاهر الحديث يفيد وجوب رد العارية، قال ابن عابدين بعد استدلاله بهذا الحديث على جواز رجوع المعير في عاريته متى شاء:" الاستدلال ظاهر، وفيه تعميم بعد التخصيص، لما عرف أن المنحة عارية "[٨]. **يجاب عنه:** إن هذا العموم إنما يحمل على العارية المطلقة، دون المقيدة بشرط، أو عمل، دفعاً للتعارض وقوله- صلى الله عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[٩]، إذ إن في ذلك إعمالاً للدليلين، وكما هو معلوم إن إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما.

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٢٠ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٨٠ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٦٧٨ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٦ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص١٧٩.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٧٠ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٣٢ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص١٠٢ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٣٩٢ والحصني، كفاية الاخيار، ص٢٨٠.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٦٥ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٧٢٧ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص١٣٨ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٣٣.

(4) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٦٨.

(5) **قال ابن حزم:**" العارية إباحة منافع بعض الشيء، كالدابة للركوب، والثوب للباس، والقدر للطبخ، وسائر ماينتفع به، ولا يحل شيء من ذلك إلى أجل مسمى، لكن يأخذ ما أعار متى شاء ". انظر: ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٦٨.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٦٩.

(7) سبق تخريجه، انظر: ص١٧٥ من هذه الرسالة.

(8) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٣٨٦.

(9) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

ثانياً: القياس

قياساً على الهبة قبل القبض، بجامع أن المنافع المستقبلة لم تحصل بيده، فلم يملكها بالإعارة، ولأن المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها، والذي لم يستوفه لم يقبضه(1).

يجاب عنه:

إنه قياس مع الفارق من وجهين:

الأول: إن المنافع في العارية تحصل بالإذن المسبق من المعير.

الثاني: إن الهبة تقتضي تمليك العين، والمنفعة، أما الإعارة، فلا تقتضي سوى تمليك المنفعة، على قول بعض الفقهاء أنها تمليك، وعلى القول الآخر، فما هي إلا إباحة انتفاع، لا تمليك، فافترقا.

ثالثاً: المعقول

استدلوا بالمعقول من وجهين:

الأول: إنها مبرة من المعير، وارتفاق من المستعير، فلا يليق بها الإلزام منهما، أو من أحدهما(٢).

يجاب عنه:

إنه يعارض ما رتبه ا – عزوجل- من أجر وثواب للمعير، إذ لا يستقيم القول بحصول الأجـر، والثواب للمعير مع جواز رجوعه قبل حصول الانتفاع للمستعير من العارية، على أصل القول بجـواز الرجوع عنها مطلقاً، سواء حصل الانتفاع، أم لم يحصل.

الثاني: القول بمنع المالك من الرجوع، يفضي إلى امتناع الناس من هذه المكرمة(٣).

يجاب عنه:

إن هذا إنما يحمل على ما إذا كانت العارية مطلقة، أما إن كانت مقيدة بأجل، أو عمل، فيعـارض قوله- صلى ا عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "(٤)، إذ يقتضي وجوب الوفـاء بجميـع مـا يشرطه الإنسان على نفسه(5).

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٢٠ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٣٨٦ والبهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٦٥ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٨٩ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٣٣.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٧٠ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٣٢ والبجيرمي، حاشية البجيرمـي، ج٣، ص١٠٢.

(3) الحصني، كفاية الأخيار، ص٢٨٠.

(4) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(5) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص٢٨٦.

القول الثاني: العارية عقد لازم، مطلقة كانت، أو مقيدة، فإن كانت لأجل، فليس للمعير الرجـوع فيها قبل انتهاء الأجل، وإن كانت مطلقة، فكذلك لا رجوع للمعير، إلا إذا انتفع بها المستعير عادة أمثال تلك العارية، أو يدفع المعير للمستعير قيمة ما أنفقه، وهو قول المالكية(1).

صورة ذلك:" أن يعير إنسان أرضه لجاره، أو لغيره؛ ليبني، أو ليغرس فيها، ولم تقيد تلك العارية بأجل- أي كانت مطلقة- ثم أراد المعير أن يرجع عليه قبل المدة المعتادة في البناء، أو الغرس"(2).

ففي هذه الحالة: قالوا:" لا يمكن من الرجوع قبل انقضاء المـدة المعتـادة، إلا إذا دفـع المعيـر للمستعير ما أنفقه في البناء، والغرس "(3).

وقال الدردير:" الراجح أن للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب، وأجيب بأن محل قوله: وإلا فالمعتاد، فيما أعير للبناء، والغرس وحصلا، لا إن لم يحصلا، ولا فيما أعير لغيرهمـا، كالدابـة للركوب، والثوب للبس، والدار للسكنى، ومحل لزوم المعتاد في البناء، والغرس، إذا لم يـدفع المعيـر للمستعير ما أنفقه "(4).

من ذلك يتبين أن المالكية يفرقون في الرجوع بين العارية المطلقة، والمقيدة، فيجيزونه في المطلقة فيما عدا ما أعير للبناء، والغرس بعد حصولهما، ويمنعونه في المقيدة.

وجه ذلك:

أولاً: قوله- صلى الله عليه وسلم-:" لا ضرر ولا ضرار"(5).

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على وجوب رفع الضرر، والقول بجواز الرجوع في العاريـة قبل إنقضاء الأجل، أو العمل، قد يوقع ضرراً بالمستعير.

يجاب عنه: إن هذا الحديث ليس على إطلاقه، وإنما يحمل على ما إذا ترتب على الرجوع ضرراً بالمستعير، وهو لا يخرج عما قيد به جمهور الفقهاء قولهم: ما لم يأذن المعير في شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه.

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٢٧١ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢٧٠ وابن عبد البر، الكافي، ص٤٠٨.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٢.

(3) المرجع السابق، ج٣، ص٣٧٢.

(4) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٤٣٩.

(5) سبق تخريجه، انظر: ص٨٠ من هذه الرسالة.

ثانياً: قالوا: من ألزم نفسه معروفاً لزمه[1]، وكأنهم يريدون الاستدلال بقوله- صلى ا عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[2].

وجه الدلالة: الحديث في معنى قوله تعالى: **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** [3]، وهو عام في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرطه الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه[4]، ومقتضاه وجوب الوفاء بشرط الأجل، أو العمل في العارية؛ لأنه شرط شرطه الإنسان على نفسه فيلزمه الوفاء به.

يجاب عنه:

إن العارية ما هي إلا تبرع من المعير؛ لما أن المعير لا يستوجب بمقابلها على المستعير شيئاً، ولا جبر في التبرع؛ لقوله تعالى: **ما على المحسنين من سبيل** [5].

قال الجصاص في شأن هذه الآية:" عموم في أن كل من كان محسناً في شيء، فلا سبيل عليه فيه"[6].

---

(1) المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢٧٠.

(2) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(3) سورة المائدة، الآية:١.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص٢٨٦.

(5) سورة التوبة، الآية:٩١.

(6) الجصاص، أحكام القرآن، ج٤، ص٣٥٢.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قـول جمهـور الفقهاء، بجواز رجوع المعير في عاريته متى شاء، ما لم يأذن المعير فـي شـغله بـشيء يستـضر المستعير برجوعه؛ لأن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم، والقول بلزوم العارية يفضي إلى امتناع الناس عن هذه المكرمة، مما يؤدي إلى اختلال التعامل بين الناس، وهـو خـلاف مقاصـد الـشريعة الإسلامية من تشريع هذا النظام، وهو التعاون، والتكافل، وعلى أصل القول إن كل مـا يـؤدي إلـى الواجب، فهو واجب، وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى الممنوع، فهو ممنوع، نرى جواز رجوع المعيـر في عاريته في أي وقت شاء، دون توقف على إرادة ورضا المستعير، ما لم يأذن المعير فـي شـغله بشيء يستضر المستعير برجوعه، هذا إذا كانت العارية مطلقة.

أما إن كانت العارية مقيدة بأجل، أو عمل، فنرى وجوب لزومها، وعدم جواز الرجوع عنها قبل انقضاء الأجل، أو العمل؛ لوجوب الوفاء بالشروط؛ لقوله- صلى ا عليه وسلم-:" المـسلمون علـى شروطهم "[(١)]؛ ولرفع الضرر عن المستعير، فهو ما استعار إلا لدفع حاجته، والقول بجواز الرجوع في العارية المقيدة مطلقاً قبل انقضاء الأجل، أو العمل، قد يوقع ضرراً بالمستعير، وهـو يتنـافى وقولـه - صلى ا عليه وسلم-:" لا ضرر ولا ضرار"[(٢)]ن وهو يدخل ضمناً بما ذكره جمهور الفقهاء من قيد لمنع الرجوع بقولهم:" ما لم يأذن المعير في شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه ".

بذلك نوفق بين قول جمهور الفقهاء بجواز رجوع المعير في عاريته متى شاء، مطلقة كانـت، أو مقيدة، ما لم يأذن المعير في شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه، وقـول المالكيـة بعـدم جـواز الرجوع في العارية إذا كانت مقيدة بأجل، أو عمل، قبل انقضاء الأجل، أو العمل.

---

(1) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(2) سبق تخريجه، انظر: ص٨٠ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني

موانع الرجوع في عقد العارية

مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية من قول بجواز رجوع المعير في عاريته متى شاء، دون توقف على إرادة ورضا المستعير[1]، إلا أنهم ذكروا جملة مما يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع عن هذا العقد، لذلك نفرد موانع كل مذهب على حدة:

الفرع الأول: موانع الرجوع في عقد العارية عند الحنفية

قيد الحنفية جواز الرجوع في العارية بقولهم:" إذا كان في رجوعه ضرر بين بالمستعير، فإن الإعارة تبطل، وتبقى العين بأجرة المثل "[2].

من ذلك يتبين أن الرجوع في العارية عند الحنفية مقيد بعدم إيقاع الضرر بالمستعير، وضربوا لذلك جملة من الأمثلة:

أولاً: لو استعار رجل من رجل ظئراً؛ لترضع ابناً له، فأرضعته، فلما صار لا يأخذ إلا منها، قال المعير: أردد علي خادمي، قال: ليس له ذلك، وله مثل أجر خادمه إلى أن تفطم الصبي[3].

ثانياً: لو استعار رجل فرساً؛ ليغزو عليه، فأعاره الفرس أربعة أشهر، ثم لقيه بعد شهرين في بلاد الشرك، في موضع لا يقدر على الكراء- أي الإجارة- والشراء، كان للمستعير أن لا يدفعه إليه؛ لأن هذا ضرر بين، وعلى المستعير أجر مثل الفرس من الموضع الذي طلب صاحبه إلى أدنى المواضع الذي يجد فيها شراء، أو كراء، بخلاف ما لو لقيه في بلاد المسلمين، فأراد أخذ الفرس، كان له ذلك؛ لانتفاء الضرر[4].

ثالثاً: لو استعار أرضاً للزراعة، وزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد، ولو لم يؤقت، وتترك بأجر المثل؛ لأنه ضرر بين[5].

---

(1) انظر: ص٢٠٣ من هذه الرسالة.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٨٠ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٦٧٨.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٨٠، ٢٨١ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٦٧٨ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٣٨٧.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٨٠، ٢٨١ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٣٨٧.

(5) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٣٨٧ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٧.

الفرع الثاني: موانع الرجوع في عقد العارية عند الشافعية

ذكر الخطيب الشربيني[1] مجموعة من الأمور المانعة من الرجوع، يمكن إجمالها فيما يلي، مع العلم أن ذكره لهذه الأمور كان على سبيل المثال، لا الحصر، فنذكرها محاولين في النهاية الوصول إلى قاعدة ضابطة لها:

أولاً: إعارة الأرض لدفن ميت محترم، حتى يندرس أثر المدفون، بأن يصير تراباً لا يبقى منه شيء غير عجب الذنب* ووجه ذلك: المحافظة على حرمة الميت، وللمعير الرجوع قبل وضعه فيه، لا بعد وضعه، وإن لم يوارَ بالتراب.

ثانيـاً: لو أعاره سفينة، فوضع المستعير فيها متاعاً، ثم طلبها المعير في اللجة – أي في وسط البحر- لم يجب لذلك - أي ليس له الرجوع - ومنع من ذلك؛ لأجل الضرر.

ثالثاً: إذا أوصي بالعارية قبل الموت، وصورتها: لو قال: أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً، لم يكن للوارث الرجوع قبل الشهر.

رابعاً: إذا قيدت العارية بالنذر، وصورة ذلك: ما لو نذر المعير أن لا يرجع إلا بعد سنة مثلاً، أو نذر أن يعيره سنة مثلاً، امتنع الرجوع قبل سنة.

خامساً: لو أعاره دابة، أو سلاحاً، أو نحو ذلك للغزو، فالتقى الصفان، فليس له الرجوع في ذلك حتى ينكشف القتال.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٧٠ وانظر: البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص١٠٣ وما بعدها والشرواني، حواشي الشرواني، ج٥، ص٤٢٧ وما بعدها.

* **عجب الذنب:** هو العظم الذي في أسفل الصلب عند العجز، والعسيب من الدواب، يقال: إنه أول ما يخلق وآخر ما يبلى. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: عجب، ج١، ص٥٨٢ والرازي، مختارالصحاح، باب: العين، ص١٨٣. ولم يخرج الفقهاء عند ذلك، فقالوا:" هو العظم الذي في أسفل الصلب عند العجز، وهو: العسيب من الدواب ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٥٨ وابن مفلح، المبدع، ج٩، ص١٣، **قال الشربيني**: هو مثل حبة الخردل في طرف العصعص، لا يكاد يتحقق بالمشاهدة، لا يبلى أبداً. انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٧٠.

سادساً: لو أراد الصلاة المفروضة، فأعاره ثوباً ليستر به عورته، أو ليفرشه في مكـان نجـس، ففعل، وكان الرجوع مؤدياً إلى بطلان الصلاة، هل له الرجوع، أم لا ؟

اختلف فقهاء الشافعية في هذه المسألة على النحو الآتي:

قال الزركشي: ليس للمعير الاسترداد، وليس للمستعير الرد، إلا بعد فراغ الصلاة.

وقيل: إن المعير لو رجع في الصلاة نزعه، وبنى، ولا إعادة عليه بلا خلاف.

وقال الشربيني: الأولى كما قال شيخي: أن يقال في استعارة السترة للصلاة، إن استعارها ليصلي بها الفرض، فهي لازمة من جهتهما، أو لمطلق الصلاة، فهي لازمة من جهة المستعير فقط إن أحـرم فيها بفرض، وجائزة إن أحرم بنفل.

سابعاً: لو استعار سترة يستتر بها في الخلوة، فهي لازمة من جهة المستعير.

ثامناً: لو استعار داراً لسكنى المعتدة، فهي لازمة من جهة المستعير.

تاسعاً: لو استعار ما يدفع به أذى الحر، والبرد المهلكين، فهي لازمة من جهة المستعير.

عاشراً: إذا استعار ما ينجو به من الغرق، ويطفئ به الحرق، فهي لازمة من جهة المستعير.

ثم ختم بقوله:" ويقاس بذلك ما في معناه "(١)، فعلم بذلك أن ما ذكر هو على سـبيل المثـال، لا الحصر، ويمكن جمع هذه الفروع ضمن قاعدة ضابطة لها، فنقول: الرجوع عند الشافعية مقيد بأن لا يترتب عليه ترك واجب، أو ترك إيفاء بوعد، أو إيقاع ضرر بالمستعير.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٧١.

الفرع الثالث: موانع الرجوع في عقد العارية عند الحنابلة

تجاوز الحنابلة ما وقع فيه الشافعية من عدم التقعيد لما يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع في العارية بقولهم:" للمستعير رد العارية متى شاء؛ لأنها ليست لازمة، وللمعير الرجوع في عاريته متى شاء مطلقة كانت، أو مؤقتة، ما لم يأذن المعير في شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه "[1].

فقولهم: ما لم يأذن المعير في شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه، قيد يمنع الرجوع إذا كانت الإعارة مبنية على الإذن، وترتب على الرجوع إضرار بالمستعير، وضربوا لذلك بعضاً من الأمثلة:

أولاً: أن يعيره سفينة لحمل متاعه، أو يعيره لوحاً يرقع به سفينته، فرقعها به، ولج في البحر، فليس له- أي المعير– الرجوع في العارية، والمطالبة بالسفينة، واللوح ما دامت السفينة في اللجة حتى ترسي؛ لما فيه من الضرر[2].

ثانياً: ليس لمن أعار أرضاً للدفن الرجوع حتى يبلى الميت، ويصير رميماً؛ لما فيه من هتك الحرمة، وله الرجوع في أرضه قبل الدفن؛ لانتفاء الضرر[3].

ثالثاً: ليس لمن أعار حائطاً ليضع عليه أطراف خشبة، أو لتعلية سترة عليه، الرجوع في الحائط ما دام الخشب، أو بناء السترة عليه؛ لما فيه من الضرر، ولرب الحائط الرجوع في حائطه قبل الوضع، وله الرجوع بعد الوضع ما لم يبن عليه؛ لإنتفاء الضرر[4].

رابعاً: ليس لمن أعار أرضاً للزرع الرجوع فيها قبل الحصاد؛ لما فيه من الضرر، ولو بذل المعير قيمة الزرع ليتملكه، لم يكن له ذلك[5].

خامساً: ليس لمن أعارعرياناً ثوباً للصلاة الرجوع بعد الشروع في الصلاة قبل إتمامها[6].

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٦٥ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص١٣٩، ١٣٨وابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٣٣.

(2) المراجع السابقة، نفس المواطن، والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٧٢٧.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٦٥ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص١٣٩ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٣٨٦ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٧٢٨.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٦٥ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٨٩ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٧٣٠.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٦٦ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص١٣٩ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص١٣٤.

(6) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٧٣٠.

المبحث الثالث

الرجوع في عقد الوديعة(١)

تمهيد:

مشروعية الوديعة:

ثبتت مشروعية الوديعة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

---

(1) **الوديعة لغةً**: ما استودع، يقال: استودعه مالاً، أو دفعه إياه: دفعه إليه ليكون عنده وديعة، وهو من الأضداد، يقال: أودعه: قبل منه الوديعة. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: عور، ج٨، ص٣٨٦ والرازي، مختار الصحاح، باب: الواو، ص٢٩٧.

الوديعة اصطلاحاً: عرفها الفقهاء بالمعنى الاسمي، والمعنى المصدري:

أولاً: المعنى الاسمي، وهو الوديعة:

عرفها الحنفية بأنها:" ما يترك عند الأمين ". انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٧٦.

عرفها المالكية بأنها:" ما وكل على حفظه ". انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٦٩.

عرفها الحنابلة بأنها" اسم للمال، أو المختص المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص١٦٦، وقيل:" اسم لعين توضع عند آخر ليحفظها ". انظر: ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٢٣٣.

ثانياً: المعنى المصدري، وهو الإيداع، وهو ما نقصده عند الكلام عن الرجوع في عقد الوديعة.

عرفه الحنفية بأنه:" تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً، أو دلالة ". انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٧٦ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٧٣ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٦٦٢.

عرفه المالكية بأنه:" توكيل بحفظ مال ". انظر: خليل، المختصر، ص٢٢٦ والدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٤١٩ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤١٩ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص٢٥٠ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢٥٠ **وعرفه ابن شاس، فقال:**" استنابة في حفظ المال ". انظر: المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢٥٠ وكذلك ابن الحاجب، انظر: أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، ج٢، ص٣٥٨.

عرفه الشافعية بأنه:" توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مختص، على وجه مخصوص ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧٩ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٤٧ وقيل:" توكيل من المالك، أو نائبه لآخر بحفظ مال، أو اختصاص ". انظر: البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٢٩١ وقيل: العقد المقتضي للاستحفاظ، أو العين المستحفظة". انظر: البكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٢٤٣.

عرفه الحنابلة بأنه:" توكل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف ". انظر: المرداوي، الإنصاف، ج٦، ص٣١٦ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٤، ص١٤٧.

عرفه القانون المدني الأردني في المادة(٨٦٨) بأنه: عقد يخول به المالك غيره حفظ ماله، ويلتزم به الآخر حفظ هذا المال، ورده عيناً ".

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا [(١)].

وجه الدلالة: الآية عامة في وجوب رد الأمانات، بقرينة الجمع، فلما علم ان الودائع من الأمانات، اقتضى الأمر بوجوب رد الودائع جوازها، إذ لو لم تكن مشروعة لم أتت الآية الكريمة آمرة بوجوب ردها، قال الجصاص:" من الأمانات الودائع، على مودعيها ردها إلى من أودعه إياها "[(٢)].

وقال الشربيني:" فهي وإن نزلت في رد مفتاح الكعبة إلى عثمان بن طلحة - رضي ا عنه- إلا أنها عامة في جميع الأمانات، بقرينة الجمع "[(٣)].

من السنة النبوية الشريفة:

قوله- صلى ا عليه وسلم-:" أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك "[(٤)].

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على وجوب رد الأمانة، والودائع من الأمانات، فالأمر بوجوب رد الوديعة، والنهي عن خيانتها، يقتضي جوازها.

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز عقد الوديعة، وقد نقل الإجماع على جوازها غير واحد، منهم ابن المنذر حيث قال:" أجمعوا على أن الأمانات مردودة إلى أربابها "[(٥)].

المعقول:

الحاجة، والضرورة داعية إلى الإيداع، قال ابن قدامة:" العبرة تقتضيها؛ لحاجة الناس إليها، فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم، ويحتاجون إلى من يحفظها لهم "[(٦)].

---

(1) سورة النساء، الآية:٥٨.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص١٧٢ **وقال القرطبي**:" الآية شاملة بنظمها لكل أمانة، وهي كثيرة، الوديعة، واللقطة، والرهن، والعارية ". انظر: القرطبي، تفسير القرطبي، ج٥، ص٢٥٧.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧٩ وانظر: السرخسي، المبسوط، ج١١، ص١٠٩ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٢٩١.

(4) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: الإجارة، باب: الرجل يأخذ حقه من تحت يده، ج٣، ص٢٩٠، حديث رقم:(٣٥٣٥) وأخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء أن العارية مؤداة، ج٣، ص٥٦٤، حديث رقم:(١٢٦٤) وأخرجه الحاكم: المستدرك على الصحيحين، كتاب: البيوع، ج٢، ص٥٣، حديث رقم:(٢٢٦٩)، **لفظ الحديث**: متفق عليه، **الحكم على الحديث:** قال الحاكم:" صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ". انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٢، ص٥٣، وقال الترمذي:" حديث حسن غريب ". انظر الترمذي، سنن الترمذي، ج٣، ص٥٦٤.

(5) ابن المنذر، الإجماع، ص١٠٢ وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص١٦٦ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٠٠.

(6) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٠٠ وانظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٤، ص١٤٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧٩.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الوديعة

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، والظاهرية[5] أن عقد الوديعة من العقود الجائزة غير اللازمة لكلا العاقدين (المودع، والمستودع) متى أراد المودع الرجوع في وديعته لزم المستودع ردها، فإن أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبولها.

وقد نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك، فقال:" لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها، فأمكنه ذلك، بغير ضرورة "[6].

وكذلك ابن المنذر حيث قال:" أجمعوا على أن الأمانات مردودة إلى أربابها "[7].

وجه ذلك:

استدلوا بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

أولاً: **من القرآن الكريم**

استدلوا بعموم النصوص الآمرة بوجوب رد الأمانات، والوفاء بها، منها:

قوله تعالى: فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ [8].

وقوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا [9].

وجه الدلالة: الآيات عامة في وجوب رد الأمانات، بقرينة الجمع، فلما علم أن الودائع من الأمانات، اقتضى الأمر بوجوب رد الامانات، وجوب رد الودائع.

قال الجصاص:" من الأمانات الودائع، على مودعيها ردها إلى من أودعه إياها "[10].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٠ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٧٥.

(2) أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، ج٢، ص٣٥٩ والدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٤٣١ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٣١.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٨١ والنووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٤٣ والرملي، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ص٢٣٧ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٤٧.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٢ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٠٠، ٣٠٦.

(5) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٧٦.

(6) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٠٦.

(7) ابن المنذر، الإجماع، ص١٠٢.

(8) سورة البقرة، الآية:٢٨٣.

(9) سورة النساء، الآية:٥٨.

(10) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص١٧٢.

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة

قوله- صلى ا عليه وسلم-:" أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك "[١].

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على وجوب رد الأمانة، والنهي عن خيانتهـا، فلمـا علـم أن الودائع من الأمانات، حمل الأمر في الحديث على وجوب رد الوديعة.

ثالثاً: الإجماع

انعقد الإجماع على وجوب رد الأمانات، قال ابن المنذر:" أجمعوا على أن الأمانات مردودة إلـى أربابها "[٢].

رابعاً: المعقول

إنها حق لمالكها، لم يتعلق بها حق لغيره، فلزم أداؤها إليه، كالمغصوب، والدين الحال[٣].

أما وجه لزوم قبولها من المودع إن أراد المستودع ردها إليه:

فذلك؛ لأن المستودَع متبرع بإمساكها، فلا يلزمه التبرع في المستقبل[٤].

وكأنهم يريدون الاستدلال بقوله تعالى: **ما على المحسنين من سـبيل** [(5)]، " أي إن كل من كان محسناً في شيء، فلا سبيل عليه فيه "[٦].

---

(1) سبق تخريجه، انظر: ص٢١٣ من هذه الرسالة.

(2) ابن المنذر، الإجماع، ص١٠٢.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٠٦.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٠٠ وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٨١.

(5) سورة التوبة، الآية:٩١.

(6) الجصاص، أحكام القرآن، ج٤، ص٣٥٢.

المطلب الثاني

موانع الرجوع في عقد الوديعة

من تتبع آراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الوديعة، يتبين ما يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع عن هذا العقد، وإن لم ينص الفقهاء عليه صراحة، إلا أنه يمكن استنباطه مما ضربوه من صور، وأمثلة، ومما تجدر الإشارة إليه أن ما ضربه الفقهاء من صور وأمثلة، إنما هو على سبيل المثال، لا الحصر، وإن كان الأولى التقعيد لهذه الموانع، غير أني لم أجد في حدود اطلاعي المتواضع أحداً من الفقهاء قعد لذلك، إلا ابن قدامة من الحنابلة، بقوله:" لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها، فأمكن أداؤها إليه، بغير ضرورة "[1]، فيمكن إعتبار قوله:" بغير ضرورة " قيداً يمنع الرجوع، والرد إذا ترتب عليه ضرر، وعليه يمكننا القول: إن الرجوع، والرد في عقد الوديعة يمتنع في الحالات الآتية:

أولاً: يمتنع الرد إن لم يكن المودع أهلاً للقبض، كمحجور عليه، فلا يلزمه الرد إليه، بل يحرم، فإن رد عليه ضمن[٢].

ثانياً: يمتنع الرد، إذا ترتب عليه ضرر، أو مفسدة.

من صور ترتب الضرر، أو المفسدة على رد الوديعة:

الصورة الأولى: لو كانت الوديعة سيفاً، فأراد صاحبه أن يأخذه من المودع ليضرب به رجلاً ظلماً، فإنه لا يدفع إليه [٣].

وجه ذلك: امتنع الرد؛ لما فيه من الإعانة على الظلم [٤]، فيكون بامتناع الرد درءاً للمفسدة.

الصورة الثانية: أن يطلب المودع وديعته بحضرة ظالم[5].

وجه ذلك: إن إخفاءها أبلغ في حفظها[٦]، فيكون بامتناع الرد دفعاً للضرر.

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٠٦.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٩٠ والنووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٤٥ والرملي، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ص٢٣٧.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٧٥.

(4) المرجع السابق، ج٧، ص٢٧٥.

(5) البكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٢٤٤

(6) المرجع السابق، ج٣، ص٢٤٤

ثالثاً: يمتنع الرد إذا تعلق بالوديعة حق للغير.

من صور تعلق حق الغير بالوديعة:

الصورة الأولى: لو أودع شخص يعرف باللصوصية وديعة عند آخر، وغاب على ظن الوديع أنها لغيره، ثم طالبه بالرد، هل يلزمه، أو يتوقف فيه[١] ؟

هذه الصورة ذكرها الشافعية، ولهم فيها قولان:

الأول: وهو الأظهر، يلزمه الرد، ولا يعَد مانعاً؛ لظاهر اليد[٢].

الثاني: لا يلزمه الرد، ويطلب صاحبها، فإن لم يظهر صاحبها مع امتداد الزمان، ردها إلى المودع[٣].

الصورة الثانية: لو أودعه اثنان، وجاء أحدهما يسترد نصيبه.

هذه الصورة ذكرها فقهاء الحنفية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، وكان اعتبارها مانعاً من الرد محل خلاف، يمكن إيضاحه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يمتنع الرد في هذه الصورة، فلا يجوز للوديع أن يقسم الوديعة، بل يرفع الأمر إلى الحاكم؛ ليقسمه، ويدفع إليه نصيبه، وهو قول الشافعية[٧]، والقاضي من الحنابلة[٨].

وجه ذلك: أولاً: لأنهما اتفقا بالإيداع، فكذا في الاسترداد، بل يرفع الأمر إلى الحاكم؛ ليقسمه، ويدفع إليه نصيبه[٩].

ثانياً: إن ذلك يحتاج إلى قسمة، ويفتقر إلى حكم، أو اتفاق، وليس ذلك للمودع[١٠].

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٩٠ والشرواني، حواشي الشرواني، ج٧، ص١٢٤.

(2) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٩٠.

(4) السرخسي، المبسوط، ج١١، ص١٢٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢١٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٨٠ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٠، والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص١٧٤.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ٩٠ والنووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٤٥ والرملي، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ص٢٣٧.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٤ والمرداوي، الإنصاف، ج٦، ص٣٤٩ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٢٤٦.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ٩٠ والنووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٤٥ والرملي، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ص٢٣٧.

(8) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٤ والمرداوي، الإنصاف، ج٦، ص٣٤٩ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٢٤٦.

(9) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ٩٠ والنووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٤٥ والرملي، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ص٢٣٧.

(10) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٤.

القول الثاني: قول الإمام أبي حنيفة، وافق الشافعية، والقاضي من الحنابلة، قولهم بامتناع الرد في هذه الصورة، إلا أنه خالفهم القول برفعه للقاضي لقسمته، فقال: لو خاصمه إلى القاضي لم يأمره بدفع نصيبه إليه، ما لم يحضر الغائب[١].

وجه ذلك:

إنه لو دفع شيئاً للحاضر، فإما أن يكون المدفوع من نصيبهما جميعاً، أو نصيب الحاضر خاصة، ولا يمكن أن يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة؛ لأن ذلك لا يكون إلا بعد قسمة معتبرة، وليس للمودع ولاية خاصة على الغائب في القسمة، فلم يبقَ إلا أن يكون المدفوع من النصيبين، ودفع مال الغير إلى الغير جناية، فلا يكون للمودع أن يباشر ذلك، ولا يأمره القاضي به[٢].

يجاب عنه بأمرين:

الأول: إن من يباشر القسمة هو القاضي، وللقاضي ولاية على الغائب.

الثاني: قياساً على قسمة الإجبار، فكما للقاضي القسمة الجبرية، فكذلك هنا، بجامع دفع الضرر.

القول الثالث: عدم اعتبار هذه الصورة مانعة من الرد، فإذا طلب أحدهما نصيبه، لزم دفعه إليه، وهو المذهب عند الحنابلة[٣]، وقول الصاحبين من الحنفية[٤].

إلا أن الصاحبين كان لهما تفصيل في ذلك، فقالا:" يأمره– أي القاضي– بأن يقسم ذلك، ويدفع نصيبه إليه، ولا تكون قسمته جائزة على الغائب "[٥].

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على الشريكين في الدين، إذا أحضر أحدهما، كان له أن يطالب المديون بنصيبه، بجامع أن كل واحد من المودعين مالك لنصيبه حقيقة، فلا يتعذر عليه قبض نصيبه في غيبة الآخر[٦].

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج١١، ص١٢٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢١٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٨٠ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٠ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص١٧٤.

(2) السرخسي، المبسوط، ج١١، ص١٢٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢١٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٨٠ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٠.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٤ والمرداوي، الإنصاف، ج٦، ص٣٤٩.

(4) السرخسي، المبسوط، ج١١، ص١٢٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢١٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٨٠ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٠ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص١٧٤.

(5) السرخسي، المبسوط، ج١١، ص١٢٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٠.

(6) السرخسي، المبسوط، ج١١، ص١٢٣ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٨٠ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٠.

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق من وجهين:

الأول: إن الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه، لا مال شريكه الغائب، وهنا يدفع مال الغائب بغير إذنه، فلا يستقيم القياس(١)، ومقتضاه أنه لا يترتب على قضاء الدين لأحد الشريكين قسمة على الغائب.

الثاني: إن الديون تقضى بأمثالها، فكان له أن يطالبه بتسليم حقه في الدين المشترك(٢).

ثانياً: وجوب دفع الضرر، فكما يجب دفع الضرر عن الغائب، يجب دفع الضرر عن الحاضر، وإنما يندفع الضرر عنهما، بأن يقسم، فيدفع إلى الحاضر نصيبه؛ ليندفع الضرر عنه، هذا من جهة دفع الضرر عن الحاضر، أما دفع الضرر عن الغائب، فيكون بعدم نفاذ القسمة عليه، حتى إذا هلك الباقي في يده ثم حضر الغائب، كان له أن يشارك الحاضر(٣).

يجاب عنه:

إن الحاضر إن كان يتضرر بهذا، فقد رضي بهذا الضرر عندما ساعد شريكه على الإيداع قبل القسمة(٤).

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٠.

(2) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢١٧.

(3) السرخسي، المبسوط، ج١١، ص١٢٣.

(4) المرجع السابق، ج١١، ص١٢٣.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث أنه لا بد من التفرقة بين الغيبة المرجوة، والغيبة غير المرجوة، فإن كانت غيبة المودع غيبة مرجوة، فنرى رجحان قول الإمام أبي حنيفة القاضي بانتظار عودته؛ لأنه أقرب إلى حفظ الحقوق، وإرضاء النفوس، أما إن كانت غيبته غير مرجوة، فنرى رجحان قول الشافعية، والقاضي من الحنابلة، برفع الأمر إلى الحاكم؛ ليقسمه، ويدفع إليه نصيبه، دفعاً للضرر عن الحاضر منهما.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه التفرقة لم يتطرق إليها الفقهاء عند بحثهم لهذه المسألة، ولعلهم في ذلك حملوا الغيبة على الغيبة المرجوة، وعلى كلا الأمرين، فإن ذلك لا يتفق وعصرنا الحاضر؛ لما وصل إليه العلم من تطور في وسائل الاتصالات، مما يجعل الأمر مختلفاً عما كان عليه زمن الفقهاء عند بحثهم لهذه المسألة، الأمر الذي جعلنا ننحو منحىً مختلفاً، فنرى بداية أن تحدد مدة للغيبة، فإن أمكن الاتصال به في هذه المدة، وعلِمَ مكانه، وموعد عودته، ولم تطل، أعملنا قول الإمام أبي حنيفة بانتظاره لعودته، أما إن لم يمكن خلال هذه المدة الاتصال به بأي وجه من وجوه الاتصال، فنرى الأخذ برأي الشافعية، والقاضي من الحنابلة، وذلك برفع الأمر إلى الحاكم؛ ليقسمه، ويدفع إليه نصيبه، وقد يعلل ذلك بما للحاكم من ولاية على الغائب، كولاية طلاق زوجته، فمن باب أولى أن تكون له ولاية على أمواله. وا تعالى أعلم.

الفصل السادس

حكم الرجوع في عقود التبرعات والإطلاقات المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

الرجوع في عقد الهبة[١]

تمهيد:

مشروعية الهبة

ثبتت مشروعية الهبة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

أولاً: قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبنَ لَكُم عَن شَيءٍ مِنهُ نَفسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾[٢].

وجه الدلالة:

دلت الآية بمفهومها على جواز الهبة، فإباحة أخذ المال عن طريق الهبة يقتضي جوازها، قال السرخسي:" الأكل بطريق الهبة، دليل جوازها "[٣].

---

(1) **الهبة لغةً:**

مصدر وهب، وهي: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: وهب، ج١، ص٨٠٣.

الهبة اصطلاحاً:

عرفها الحنفية، والمالكية، والشافعية، والظاهرية بأنها:" تمليك العين بلا عوض ". انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٩١ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٨٤ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٦٨٧ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٤٢٠ والدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٩٧ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٩٧ والحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٤٩ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٤٩ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٩٦ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٤٢ والشرواني، حواشي الشرواني، ج٦، ص٢٩٦ وابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٢٣.

عرفها ابن عرفة من المالكية بأنها:" تمليك متمول بغير عوض إنشاء ". انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٤٩ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٤٩.

عرفها الحنابلة بأنها:" تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً، أو مجهولاً تعذر علمه، موجوداً غير مقدور على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٢٩٨.

عرفها القانون المدني الأردني في المادة(٥٥٧) بأنها:" تمليك مال، أو حق مالي لآخر حال حياة المالك بدون عوض ".

(2) سورة النساء، الآية:٤.

(3) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤٨.

ثانياً: قوله تعالى: وإِذَا حييتُم بِتَحِيةٍ فَحيواْ بِأَحسن منْها أَو ردوها [١].

وجه الدلالة: دلت الآية بمفهومها على جواز الهبة؛ لأن المراد بالتحية العطية، قال السرخسي: " المراد بالتحية العطية، وقيل: السلام، والأول أظهر، فإن قوله:" أو ردوها " يتناول ردها بعينها، وإنما يتحقق ذلك في العطية "[٢].

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: قوله- صلى الله عليه وسلم-:" تهادوا تحابوا "[٣].

وجه الدلالة: دل الحديث بمفهومه على جواز الهبة، لما علِمَ أن الهدية نوع من الهبة، قال الكاساني:" هذا ندب إلى التهادي، والهدية هبة "[٤].

ثانياً: ما روته السيدة عائشة– رضي الله عنها- قالت:" كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم- يقبل الهدية، ويثيب عليها "[٥].

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز الهبة لفعله- صلى الله عليه وسلم- حيث إن أدنى ما يثبت بفعله- صلى الله عليه وسلم- الجواز.

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز الهبة من لدن سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير يذكر، قال الشربيني:" انعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها، قال تعالى: **وتَعاونُواْ علَى الْبر والتقْوى ولاَ تَعاونُواْ علَى الإِثْمِ والْعدوانِ** [٦]، والهبة بر؛ ولأنها سبب التواد والتحاب "[٧].

المعقول:

العقل يحكم بجوازها؛ لأنها سبب الإحسان، واكتساب سبب التودد بين الإخوان، وكل ذلك مندوب إليه بعد الإيمان[٨].

---

(1) سورة النساء، الآية:٨٦.

(2) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤٧ وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٨.

(3) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الهبات، باب: التحريض على الهبة، ج٦، ص١٦٩، حديث رقم:(١١٧٢٦)، **الحكم على الحديث:** قال ابن حجر:" إسناده حسن ". انظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، ج٣، ص٧٠.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١١٧.

(5) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الهبة وفضلها، باب: المكافأة في الهبة، ج٢، ص٩١٣، حديث رقم:(٢٤٤٥).

(6) سورة المائدة، الآية:٢.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٩٦ وانظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٢٤.

(8) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤٨ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٩٦.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الهبة بسبب طبيعة العقد

لبيان حكم الرجوع في عقد الهبة بسبب طبيعة العقد لا بد من التفرقة بين حالتين، الأولى: حكم الرجوع قبل القبض، والثانية: حكم الرجوع بعد القبض، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد الهبة قبل القبض[١]

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الهبة قبل القبض، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في شرط القبض، هل هو شرط صحة، أم شرط تمام؟ فمن قال: شرط صحة، قال: ما لم يقع القبض لم يلزم العقد، وللواهب الرجوع عنه، ومن قال: شرط تمام، قال: يلزم العقد، ويجبر الواهب على الإقباض، وليس له الرجوع عنه[٢].

ولإيضاح ذلك نقول: اختلف الفقهاء في اشتراط القبض للزوم عقد الهبة، وجواز الرجوع عنه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عقد الهبة لا يلزم إلا بالقبض، فما لم يتم القبض يجوز للواهب الرجوع عنه، وهو قول الحنفية[٣]، والشافعية[٤]، والمالكية في قول[٥]، والحنابلة في الراجح عندهم[٦]، وقول أكثر أهل العلم، قال المروذي: اتفق أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي- رضي ا عنهم جميعاً- على أن الهبة لا تجوز- أي لا تلزم- إلا مقبوضة، ويروى ذلك عن النخعي، والثوري، والحسن بن صالح، والعنبري، وأصحاب الرأي[٧].

---

(1) انظر تعريف القبض، وبماذا يتم: هامش رقم:(١)، ص١٦٦ من هذه الرسالة.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٤٧.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٩١ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٢٤ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٤٢٤ والسرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤٨.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٠ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٧٦ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٤٧ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٨ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٤٧.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١٠١.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٠١ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨١ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص١١٩.

(7) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨٠ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٦٣.

وجه ذلك: استدلوا بالسنة، والأثر، والقياس، والمعقول:

الأول: من السنة النبوية الشريفة

أولاً: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" يقول ابن آدم مالي مالي، قال: وهل لك يا آبن آدم من مالـك إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت "[١].

وجه الدلالة: دل الحديث بمفهومه على توقف لزوم الصدقة على الإمضاء، والإمضاء إنما يكـون بالقبض، قال السرخسي:" شرط النبي-عليه الصلاة والسلام- الإمضاء في الصدقة، وذلـك بـالقبض يكون"[٢] يؤكده الرواية الثانية للحديث:" يقول ابن آدم مالي مالي، إنما له من ماله ثلاث، ما أكل فأفنى، أو لبس فأبلى، أو أعطى فاقتنى، وما سوى ذلك فهو ذاهب وتاركه للناس "[٣].

ثانياً: ما روي عنه- صلى ا عليه وسلم- أنه قال لأم سلمة- رضي ا عنها-:" إني أهديت إلى النجاشي أواقاً من مسك وحلة، وإني لأراه إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي قد أهديت إليه إلا وسترد، فإذا ردت إلي فهي لك، أم لكم، فكان ذلك كما قال، هلك النجاشي، فلما ردت إليه الهدية أعطـى كـل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى سائره أم سلمى، وأعطاها الحلة "[٤].

وجه الدلالة: دل الحديث على أن الهدية لا تملك بمجرد القول، ولو كانت تملك بمجرد ذلـك لمـا ملكها الرسول- صلى ا عليه وسلم-؛ لأنها قد صارت بالموت ملكاً للورثة، فلما قبـضها الرسـول -صلى ا عليه وسلم- دل على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض[5]، وهذا إنما يبنى على ما سبق بيانه من أن الهدية لا تخرج عن كونها هبة كما قال الكاساني:" الهدية هبة "[٦].

---

(1) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الزهد والرقائق، ج٤، ص٢٢٧٣، حديث رقم:(٢٩٥٨).

(2) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤٨.

(3) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الزهد والرقائق، ج٤، ص٢٢٧٣، حديث رقم:(٢٩٥٩).

(4) أخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: النكاح، ج٢، ص٢٠٥، حديث رقم:(٢٧٦٦) وأخرجه البيهقـي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: البيوع، باب: المسك طاهر يحل بيعه، وشـراؤه، والـسلف فيـه، ج٦، ص٢٦، حـديث رقم:(١٠٩١٠) **لفظ الحديث:** للحاكم، **الحكم على الحديث**: قال الحاكم:" حديث صحيح الإسناد ولم يخرجـاه ". انظـر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٢، ص٢٠٥ **وقال الهيثمي**: فيه مسلم بن خالد الزنجي وثقه ابن معـين وغيـره، وضعفه جماعة، وأم موسى بن عقبة لا أعرفها، وبقية رجاله رجال الصحيح، انظر: الهيثمي، مجمـع الزوائـد، ج٤، ص١٤٨.

(5) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ت:(١٢٥٠هـ). نيل الأوطار، دار الجيل، بيـروت، لبنـان، ١٩٧٣م، ج٦، ص١٠١، ١٠٢، بتصرف يسير.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١١٧ وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٠٣.

ثالثاً: قوله-صلى ا عليه وسلم-:" الهبة لا تجوز حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض"[١].

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على عدم جواز الهبة حتى تقبض، والمراد بعدم الجواز: نفـي الملك؛ إذ الجواز قبل القبض ثابت[٢].

يجاب عنه: إن الحديث كما قال الزيلعي حديث غريب[٣]، وعليه لا يصح الاحتجاج به في إثبـات الأحكام الشرعية.

الثاني: من الأثر: تواردت الآثار عن الصحابة- رضوان ا عليهم- الدالة على جواز الرجـوع عن عقد الهبة قبل القبض، منها:

أولاً: ما رواه عروة بن الزبير عن عائشة- رضي ا عنها- زوج النبي- صلى ا عليه وسلم- أنها قالت:" إن أبا بكر الصديق– رضي ا عنه- كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلمـا حضرته الوفاة، قال: وا يابنية ما من الناس أحب إلي بعدي منك، ولا أعز علي فقراً بعـدي منـك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مـال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك، فاقتسموه على كتاب ا ، قالت عائشة: فقلت يا أبت وا لو كان كذا وكـذا لتركته، إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية "[٤].

وجه الدلالة: دل الأثر على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض؛ لأن أبا بكر– رضي ا عنـه- رأى أن عائشة- رضي ا عنها- لم تملك ما كان وهبها إياه؛ لعدم وجود القبض، وهذا يستفاد من قوله: فلـو كنت جددتيه واحتزتيه، قال الزيلعي:" لو كانت – أي الهبة- تملك قبل القبض، لكان لها ذلك "[5].

يجاب عنـه: لا يسلم لهم الاستدلال بهذا الأثر؛ لأنه من قبيل هبة الوالد لولده، وللوالد الرجوع فيما وهب لابنه حتى بعد القبض-على ما سيأتي بيانه- فمن باب أولى أن يكون له ذلك قبل القبض.

---

(1) أخرجه عبدالرزاق، أبو بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، ت:(٢١١هـ). مصنف عبدالرزاق، الطبعـة الثانيـة، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ، كتاب: الواهبات، باب: الهبـات، ج٩، ص١٠٧، حديث رقم:(١٦٥٢٩)، **الحكم على الحديث**: قال الزيلعي:" غريب ". انظر: الزيلعي، نـصب الرايـة، ج٤، ص١٢١.

(2) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٢٤ والسرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤٨.

(3) الزيلعي، نصب الراية، ج٤، ص١٢١.

(4) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الهبات، باب: شرط القـبض فـي الهبـة، ج٦، ص١٩٦، حـديث رقم:(١١٧٢٨) وأخرجه الأمام مالك، الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: ما لا يجوز من النحـل، ج٢، ص٧٥٢، حـديث رقم:(١٤٣٨) وأخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: باب البيوع والأقضية، باب: مـن قـال لا تجـوز الصدقة حتى تقبض، ج٤، ص٢٨١، حديث رقم:(٢٠١٣٥) وأخرجه عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، كتاب: الوصايا، باب: النحل، ج٩، ص١٠١، حديث رقم:(١٦٥٠٧)، **لفظ الأثر**: للإمام مالك.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٩١.

ثانياً: ما رواه أبو بردة:" إن عمر بن الخطاب– رضي ا عنه– قضى في الأنحال، أن ما قـبض منه فهو جائز، وما لم يقبض فهو ميراث "[١].

وجه الدلالة من هذه الآثار بشكل عام: أن هذه الآثار بمجملها تفيد إجماع الصحابة– رضـي ا عنهم- على جواز الرجوع عن عقد الهبة قبل القبض.

يجاب عنه: إنه لم يكن إجماعاً من الصحابة- رضي ا عنهم- بدليل أنه روي عن علي، وابـن مسعود– رضي ا عنهما- أنهما قالا:" إذا علمت الصدقة، فهي جائزة وإن لم تقبض "[٢].

الثالث: القياس

قياساً على القرض، بجامع أن كلاً منهما عقد إرفاق، فكما أن القرض لا يملك إلا بالقبض، فكـذلك الهبة [٣].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن القرض تمليك بعوض، أما الهبة فهي تمليك بـلا عـوض، فافترقا.

الرابع: المعقول

القول بلزوم الهبة قبل القبض فيه إلزام للمتبرع بما تبرع به، فـلا يجـوز[٤]، وكـأنهم يريـدون الاستدلال بقوله تعالى: **ما على المحسنين من سبيل** [٥]، ومقتضى قولهم: إن من كان محسناً فـي شيء فلا سبيل عليه فيه، والهبة تبرع لما أن الواهب لا يستوجب بمقابلها على الموهوب له شيئاً.

يجاب عنه: إن من كان محسناً فلا إلزام عليه قبل العقد، أي لا يجبر إنسان على التبرع، أما بعـد العقد فعليه الوفاء بعقده؛ لقوله تعالى: **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** [٦].

---

(1) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الهبات، باب: ما جاء فـي هبـة المـشاع، ج٦، ص١٧١، حـديث رقم:(١١٧٣٩) وأخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، باب: من قال لا تجوز الصدقة حتى تقبض، ج٤، ص٢٨٠، حديث رقم:(٢٠١٣١)، **لفظ الحديث:** متفق عليه.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، باب: من قال لا تجوز الصدقة حتى تقبض، ج٤، ص٢٨١، حديث رقم:(٢٠١٣٤) وأخرجه عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، كتاب: الـصدقة، بـاب: لا تجـوز الصدقة إلا بالقبض، ج٩، ص١٢٢، حديث رقم:(١٦٥٩٥)، **لفظ الحديث،** لابن أبي شيبة، **الحكم علـى الحـديث**: قـال الهيثمي:" رواه الطبراني، وفيه عيسى بن المسيب، وثقه الحاكم، والدارقطني في السنن، وضعفه جماعة، وبقية رجالـه في أحد الإسنادين ثقات ". انظر: الهيثمي، مجمع الزوائد، ج٧، ص١٩٥، وذكره ابن قدامة عن علي، وابـن مـسعود- رضي ا عنهما- قالا:" الهبة إذا كانت معلومة فهي جائزة قبضت، أو لم تقبض ". ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨١.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٠ والحصني، كفاية الأخيار، ص٣٠٩

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٩١.

(5) سورة التوبة، الآية:٩١.

(6) سورة المائدة، الآية:١.

القول الثاني: عقد الهبة يلزم بمجرد العقد- أي بمجرد صدور القبول موافقـاً للإيجـاب– ويـتم بالقبض، فليس للواهب الرجوع عنه بعد العقد، وهو قول المالكيـة علـى المـشهور[1]، وبـه قـال الظاهرية[2].

وجه ذلك:

استدلوا: بالكتاب، والسنة، والقياس:

الأول: من القرآن الكريم

أولاً: قوله تعالى: **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** [3].

وجه الدلالة: الآية عامة في وجوب الوفاء بالعقود، ولا خلاف أن الهبة عقد من العقـود، فيلـزم الوفاء به، بمجرد صدور القبول موافقاً للإيجاب، دون توقف على القبض.

يجاب عنه: إن هذ إنما يحمل على العقود اللازمة، والهبة في أصلها ما هي إلا تبرع، وا تعالى يقول: **ما على المحسنين من سبيل** [4].

ثانياً: قوله تعالى: **ولا تبطلوا أعمالكم** [5].

وجه الدلالة: قال ابن حزم:" من لفظ بالهبة، أو الصدقة فقد عمل عملاً، وعقد عقداً لزمه الوفاء به، ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص، ولا نص في إبطاله "[6].

يجاب عنه: إن المراد بقوله تعالى: **ولا تبطلوا أعمالكم** [7]، أي الردة، لذلك قال بعـدها: **إن الذين كفروا وصدوا عن سبيل الله ثم ماتوا وهم كفار فلن يغفر الله لهم** [8] [9]، وعليه فلا يسلم لهم الاستدلال بهذه الآية على لزوم عقد الهبة بمجرد العقد.

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص١٠١ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١٠١ والنفراوي، الفواكـه الـدواني، ج٢، ص١٥٤ وابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٤٢ وابن عبد البر، الكافي، ص٥٢٨.

(2) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٢٧.

(3) سورة المائدة، الآية:١.

(4) سورة التوبة، الآية:٩١.

(5) سورة محمد، الآية:٣٣.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٢٧.

(7) سورة محمد، الآية:٣٣.

(8) سورة محمد، الآية:٣٤.

(9) ابن كثير، تفسير ابن كثير، ج٤، ص١٨٢.

الثاني: من السنة النبوية الشريفة

عموم قوله- صلى ا عليه وسلم-: العائد في هبته كالعائد في قيئه "[١].

وجه الدلالة:

استدلوا بالحديث على تحريم الرجوع في الهبة؛ لأن القيء حرام، فالمشبه به مثله[٢].

يجاب عنه:

الحديث وإن كان عاماً إلا أنه يحمل على المبالغة في الزجر عن الرجوع في الهبـة لا التحـريم، يؤكده الرواية الثانية للحديث وهي:" العائد في هبته كالكلاب يقيء ثم يعود في قيئه "[٣]، إذ إن الكلـب غير متعبد، فالقيء ليس حراماً عليه[٤].

الثالث: القياس

أولاً: قياساً على الوقف، والعتق بجامع أنه إزالة ملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد[٥].

ثانياً: قياساً على الوصية، والوقف، بجامع أنه تبرع، فلم يعتبر فيه القبض[٦].

ثالثاً: قياساً على البيع، بجامع أنه عقد ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض[٧].

ومجمل ذلك أن الهبة عقد كسائر العقود، فلم يكن القبض شرطاً لصحتها.

يجاب عنه:

إنه قياس مع الفارق؛ لأن الوقف إخراج ملك إلى ا تعالى، فخالف التمليكات، والوصية تلزم فـي حق الوارث، والعتق إسقاط حق وليس بتمليك[٨]، والبيع عقد معاوضة، والهبـة مـا هـي إلا تبـرع، فافترقا.

---

(1) أخرجه الشيخان، أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الهبات وفضلها، باب: لا يحل لأحد أن يرجـع فـي هبته وصدقته، ج٢، ص٩٢٤، حديث رقم:(٢٤٧٨) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الهبات، بـاب: تحـريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض، ج٣، ص١٢٤١ حديث رقم:(١٦٢٢)، **لفظ الحديث**: متفق عليه.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١١٤ وانظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٥٤.

(3) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الهبات وفضلها، باب: الإشهاد فـي الهبـة، ج٢، ص٩١٤، حـديث رقم:(٢٤٤٩).

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١١٤ والمباركفوري، تحفة الأحوذي، ج٤، ص٤٣٥.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٧٩.

(6) المرجع السابق، ج٥، ص٣٧٩.

(7) المرجع السابق، ج٥، ص٣٧٩.

(8) المرجع السابق، ج٥، ص٣٧٩، ٣٨٠.

القول الثالث: التفريق بين هبة المكيل، والموزون، وغيرهما، فـإذا كـان الموهـوب مكـيلاً، أو موزوناً، جاز الرجوع فيه قبل القبض، أما إذا كان متميزاً – بأن كـان مـن الأعيـان، أو المقـدرات المعينة- لم يجز الرجوع فيه قبل القبض، وإلى هذا ذهب الحنابلة في الرواية الثانية(١).

وجه ذلك:

ما رواه عروة بن الزبير عن عائشة- رضي ا عنها- زوج النبي- صلى ا عليه وسلم- أنهـا قالت:" إن أبا بكر الصديق– رضي ا عنه- كان نحلها جاد عشرين وسقاً من مالـه بالغابـة، فلمـا حضرته الوفاة، قال: وا يابنية ما من الناس أحب إلي بعدي منك، ولا أعز علي فقراً بعـدي منـك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مـال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك، فاقتسموه على كتاب ا ، قالت عائشة: فقلت يا أبت وا لو كان كذا وكـذا لتركته، إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية "(٢).

وجه الدلالة: دل الأثر على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض؛ لأن أبا بكر– رضي ا عنـه- رأى أن عائشة- رضي ا عنها- لم تملك ما كان وهبها إياه؛ لعدم وجود القبض، وهذا يستفاد من قوله: فلـو كنت جددتيه واحتزتيه.

يجاب عنه: إن الأثر محتمل للتأويل؛ لاحتمال أن أبا بكر– رضي ا عنـه- أراد بقولـه جـذاذ عشرين وسقاً، عشرين وسقاً مجذوذة، فيكون مكيلاً غير معين، وهذا لا بد فيه من القبض، أو أراد بـه نخلاً يجذ عشرين وسقاً، وهو أيضاً غير معين فلا تصح الهبة فيه قبل تعينه(٣)، وكما هـو معلـوم إن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال.

أما وجه قولهم بلزوم الهبة بمجرد العقد إذا كان الموهوب متميزاً- بأن كان مـن الأعيـان، أو المقدرات المعينة- فقالوا:" إن الهبة أحد نوعي التمليك، فكان منها ما لا يلزم قبل القبض، ومنها مـا يلزم قبله، كالبيع، فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض، وهو الصرف، وبيع الربويات، ومنه ما يلزم قبلـه، وهو ما عدا ذلك "(٤).

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن البيع عقد معاوضة، والهبة ما هي إلا تبرع، وا - سـبحانه وتعالى- يقول: **ما على المحسنين من سبيل** (٥).

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٠١ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٧٩، ٣٨١ والمـرداوي، الإنـصاف، ج٧، ص١٢٠ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٦٣.

(2) سبق تخريجه، انظر: ص٢٢٥ من هذه الرسالة.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨١ وانظر: القرافي، الذخيرة، ٦، ص٢٣٠.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨١.

(5) سورة التوبة، الآية:٩١.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قـول جمهـور الفقهاء، القاضي بجواز الرجوع عن عقد الهبة قبل القبض؛ لأن عقد الهبة لا يخرج عن كونه تبرعـاً، وا - سبحانه وتعالى- يقول: **ما على المحسنين من سبيل** [1]، أي أن من كان محسناً في شي فلا سبيل عليه فيه، فإلزام الواهب بما تبرع به قبل القبض يتنافى ومقتضى هذه الآية.

---

(1) سورة التوبة، الآية:٩١.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد الهبة بعد القبض[١]

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكيـة[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥]، باستثناء هبة الوالد لولده، فللوالد الرجوع فيما وهب لابنه مـا لم يوجد مانع من موانع الرجوع التي سيأتي الحديث عنها لاحقاً- إن شاء الله تعالى- وزاد الـشافعية جواز الرجوع لسائر الأصول على المشهور في المذهب[٦].

وجه ذلك:

أولاً: عموم قوله- صلى الله عليه وسلم-: العائد في هبته كالعائد في قيئه "[٧].

وجه الدلالة:

استدلوا بالحديث على تحريم الرجوع في الهبة؛ لأن القيء حرام، فالمشبه به مثله[٨].

يجاب عنه:

الحديث وإن كان عاماً إلا أنه يحمل على المبالغة في الزجر عن الرجوع في الهبـة لا التحـريم، يؤكده الرواية الثانية للحديث وهي:" العائد في هبته كالكلاب يقيء ثم يعود في قيئه "[٩]، إذ إن الكلـب غير متعبد، فالقيء ليس حراماً عليه[١٠].

---

(1) انظر تعريف القبض، وبماذا يتم: هامش رقم:(١)، ص١٦٦ من هذه الرسالة.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١٠١ والمواق، التـاج والإكليـل، ج٦، ص٦٤ والقرافـي، الـذخيرة، ج٦، ص٢٣٠ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٥٤.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠١، ٤٠٢ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٢١٨ والبكـري، إعانـة الطالبين، ج٣، ص١٤٧ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٩.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٠١، ٣١٣ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨٠، ٣٩٧ والمرداوي، الإنـصاف، ج٧، ص ١١٩.

(5) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٢٧.

(6) **عند الشافعية قولان**: **الأول:** لا رجوع لغير الأب؛ لقصرهم لفظ الوالد الوارد في الحديث على الأب فقط، **والثاني:** عام يشمل سائر الأصول على المشهور. انظر: الـشربيني، مغنـي المحتـاج، ج٢، ص٤٠١، ٤٠٢ والإقنـاع، ج٢، ص٣٦٧ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٨، ٣٠٩.

(7) سبق تخريجه، انظر: ص٢٢٨ من هذه الرسالة.

(8) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١١٤ وانظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٥٤.

(9) سبق تخريجه، انظر: ص٢٢٨ من هذه الرسالة.

(10) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١١٤ والمباركفوري، تحفة الأحوذي، ج٤، ص٤٣٥.

ثانياً: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا يحل للرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه "[١].

وجه الدلالة:

الحديث ظاهر الدلالة في نفي الحل عن الرجوع في الهبة؛ لقوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا يحل " فيحمل على تحريم الرجوع إلا ما استثناه بقوله" إلا الوالد فيما يعطي ولده ".

يجاب عنه:

إن المراد بقوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا يحل " الرجوع بطريق الديانة والمروءة، وهو كقوله - صلى ا عليه وسلم-:" لا يحل لرجل يؤمن با واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره طاو"[٢] أي لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وإن كان جائزاً في الحكم، إذ لم يكن عليه حق واجب [٣].

أما وجه استثنائهم للوالد في الرجوع، فيرجع إلى أمرين:

الأول: للخبر المتقدم.

والثاني: لأن الأب لا يتهم في رجوعه؛ لأنه لا يرجع إلا لضرورة، أو لإصلاح الولد[٤].

---

(1) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: الإجارة، باب: قبول الهدايا، ج٣، ص٢٩١، حديث رقم:(٣٥٣٩) وأخرجه النسائي، سنن النسائي، كتاب: الهبات، ذكر الاختلاف على طاوس في الراجع في هبته، ج٦، ص٢٦٧، حديث رقم:(٣٧٠٣) وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الهبات، باب: رجوع الوالد فيما وهب لولده، ج٦، ص١٧٩، حديث رقم:(١١٧٩٠) وأخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: البيوع، ج٢، ص٥٣، حديث رقم:(٢٢٩٨)، **لفظ الحديث**: لأبي داود، والنسائي، والحاكم، **الحكم على الحديث**: قال الحاكم:" حديث صحيح الإسناد، فإني لا أعلم خلافاً في عدالة عمرو بن شعيب، إنما اختلفوا في سماع أبيه من جده ". انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٢، ص٥٣.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: الإيمان والرؤيا، ما ذكر فيما يطوى عليه المؤمن من الخلال، ج٦، ص١٦٤، حديث رقم:(٣٠٣٥٩) **لفظ الحديث**: أخرجه عن ابن عباس قال: قال رسول ا صلى ا عليه وسلم: " ما يؤمن من بات شبعان وجاره طاو إلى جنبه ". **الحكم على الحديث:** قال الهيثمي:" رجاله ثقات ". انظر: الهيثمي، مجمع الزوائد، ج٨، ص١٦٧.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٤٦٢ والسرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٥٤ وانظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١١٥.

(4) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٤٧.

القول الثاني: جواز الرجوع في الهبة بعد القبض كما هو الحال قبل القبض، ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع، إلا أنه يكره* للواهب الرجوع، وهو قول الحنفية[١].

وجه ذلك: استدلوا بالسنة، والإجماع:

الأول: من السنة النبوية الشريفة

أولاً: ما روي عن أبي هريرة – رضي ا عنه– قال: قال رسول ا - صلى ا عليه وسلم-: " الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها "[٢].

وجه الدلالة: ظاهر الحديث يفيد جواز رجوع الواهب في هبته ما لم يثب منها: أي ما لم يعوض عنها[٣].

ثانياً: ما روي عن سمرة عن النبي- صلى ا عليه وسلم- قال:" إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها "[٤].

وجه الدلالة: دل الحديث بمفهومه- مفهوم الشرط- أنها إذا كانت لغير ذي رحم محرم فله الرجوع[٥].

---

* **المقصود بالكراهة هنا:** كراهة تنزيه. انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٠.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٠ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٤٦١ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٨.

(2) أخرجه الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب: البيوع، ج٣، ص٤٤، حديث رقم:(١٨٣) وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الهبات، باب: المكافأة في الهبة، ج٦، ص١٨١، حديث رقم:(١١٨٠٤) وأخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، في الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها، ج٤، ص٤٢٠، حديث رقم:(٢١٧٠٤)، **لفظ الحديث:** متفق عليه، **الحكم على الحديث:** قال البيهقي: إبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث، وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع ". انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص١٨١، " قال ابن الجوزي:" أحاديث ابن عمر، وأبي هريرة، وسمرة ضعيفة، وليس منها ما يصح " – يعني في هذا الباب -. انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١١٥.

(3) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤٩وابن نجيم،البحر الرائق، ج٧، ص٢٩١والكاساني،بدائع الصنائع،ج٦،ص١٣٠.

(4) أخرجه الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب: البيوع، ج٣، ص٤٤، حديث رقم:(١٨٤) وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الهبات، باب: المكافأة في الهبة، ج٦، ص١٨١، حديث رقم:(١١٨٠٥)، وأخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن ابي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، في الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها، ج٤، ص٤٢٠، حديث رقم:(٢١٧٠٠) عن ابن عمر، **لفظ الحديث:** للدارقطني، والبيهقي، **الحكم على الحديث:** قال البيهقي:" لم نكتبه إلا بهذا الإسناد وليس بالقوي ". انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص١٨١ وقال ابن الجوزي:" أحاديث ابن عمر، وأبي هريرة،وسمرة ضعيفة،وليس منها ما يصح "– يعني في هذا الباب-. انظر:الشوكاني،نيل الأوطار،ج٦، ص١١٥.

(5) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٤.

يجاب عن الاستدلال بالأحاديث السابقة:

قال ابن الجوزي:" أحاديث ابن عمر، وأبي هريرة، وسمرة ضعيفة، وليس منها مـا يـصح "[١]، – يعني في هذا الباب -، وعليه فهى لا تقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة التـي اسـتدل بهـا الجمهور.

الثاني: الإجماع

قال الكاساني:" إنه روي عن سيدنا عمر، وسيدنا عثمان، وسيدنا علي، وعبدا بن سيدنا عمـر، وأبي الدرداء، وفضالة بن عبيد، وغيرهم – رضي ا عنهم جميعاً – أنهم قالوا مثل مذهبنا، ولم يـرد عن غيرهم خلافه، فيكون إجماعاً "[٢].

يجاب عنه:

إنه لم يكن إجماعا؛ لمخالفة معاذ بن جبل، والحسن، وطاوس- رضي ا عنهم جميعاً-[٣].

فقد روي أن معاذ بن جبل– رضي ا عنه - لما كان قاضياً باليمن، قضى بين أهلها أنـه أيمـا رجل وهب أرضاً على أنك تسمع لي وتطيع، فسمع وأطاع، فهي للموهوب له، وأيما رجل وهب كـذا وكذا إلى أجل ثم رجع إليه، فهي للواهب إذا جاء الأجل، وأيما رجل وهب أرضاً ولم يـشترط، فهـي للموهوب له[٤]، وروي عن ابن معمر قال:" كان الحسن يقول لا يعود في الهبة "[٥].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قـول جمهـور الفقهاء، القاضي بعدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض، إلا فيما يهب الوالد لولده؛ لأن الهبـة فـي النهاية لا تخرج عن كونها عقد، وا -سبحانه وتعالى-يقول: **يا أَيها الذِين آمنُوا أَوفُوا بِالْعقُودِ** [٦].

فإن أجيب بأن هذه الآية إنما تحمل على العقود اللازمة، والهبة ما هي إلا عقد تبرع، أجيب عنه: إنما يصدق ذلك على الهبة ما لم يحصل قبض لها، أما بعد القبض فلا؛ حفاظاً على استقرار المعاملات بين الناس.

---

(1) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١١٥.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٨.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٣٤.

(4) أخرجه عبد الزاق، مصنف عبد الرزاق، كتاب: المواهب، باب: الهبات، ج٩، ص١٠٨، حديث رقم:(١٦٥٣٤).

(5) أخرجه عبد الزاق، مصنف عبد الرزاق، كتاب: المواهب، باب: الهبات، ج٩، ص١٠٩، حديث رقم:(١٦٥٣٩).

(6) سورة المائدة، الآية:١.

ومما تجدر الإشارة إليه أن جمهور الفقهاء وإن اتفقوا على جواز رجوع الأب فيما وهب لولده إلا أنهم اختلفوا في حكم رجوع الأم، والجد وإلحاقهما بالأب، حيث يمكن إيضاح ذلك على النحو الآتي:

المسألة الأولى: حكم رجوع الأم فيما وهبت لولدها

اختلف الفقهاء القائلون بجواز رجوع الأب فيما وهب لولده في حكم رجوع الأم فيما وهبت لولدها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها كالأب، وهو قول الشافعية في المشهور عندهم(١)، والحنابلة في رواية(٢)، والظاهرية(٣).

وجه ذلك: استدلوا بالسنة، والقياس:

أولاً: من السنة النبوية الشريفة

عموم قوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا يحل للرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه "(٤).

وجه الدلالة: لفظ الوالد الوارد في الحديث عام يشمل سائر الأصول، بجامع أن لكل ولادة، كما في النفقة، وحصول العتق، وسقوط القود (٥).

ثانياً: القياس

قياساً على الأب، بجامع أن الأم أحد الأبوين؛ ولأنه يجب عليها التسوية بين ولدها في العطية، فأشبهت الأب(٦).

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠١، ٤٠٢ والإقناع، ج٢، ص٣٦٧ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٨، ٣٠٩ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٤٤٧.

(2) المرداوي، الإنصاف، ج٧، ص١٤٩ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٤٦٩ والمغني، ج٥، ص٣٩٠.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٢٧.

(4) سبق تخريجه، انظر: ص٢٣٢ من هذه الرسالة.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٢.

(6) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٤٦٩ والمغني، ج٥، ص٣٩٠.

القول الثاني: عدم جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها، وهو قول عند الشافعية[١]، ورواية عند الحنابلة، وهو الصحيح من المذهب[٢]، وبه قال ابن القاسم من المالكية[٣].

وجه ذلك:

استدلوا بما روته السيدة عائشة– رضي ا عنها- قالت: قال رسول ا - صلى ا عليه وسلم-: " إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وولده من كسبه "[٤].

وجه الدلالة: خص الحديث الوالد، وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب دون الأم، والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده، ويحوز جميع المال في الميراث، والأم بخلافه[٥].

يجاب عنه: إن الأم والدة، وهي تقع على الجنس، وهي فيه اسم الوالد[٦].

القول الثالث: التفصيل، فقالوا: إذا كان الولد كبيراً جاز لأمه الرجوع، سواء كان أبوه حياً، أم لا، أما إن كان الولد صغيراً، جاز لأمه الرجوع إن كان أبوه حياً، وإلا لم يكن لها ذلك، وهو قول المالكية[٧].

وجه ذلك: قالوا: الصغير إذا مات أبوه صار يتيماً، وهبة اليتيم لازمة، كصدقة التطوع[٨]، هذا يتفق مع أصلهم القاضي بلزوم صدقة التطوع، وعدم جواز الرجوع عنها.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠١، ٤٠٢ والإقناع، ج٢، ص٣٦٧ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٨، ٣٠٩ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٤٤٧.

(2) المرداوي، الإنصاف، ج٧، ص١٤٩ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٩٠ والكافي، ج٢، ص٤٦٩.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٤٨.

(4) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: الإجارة، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، ج٣، ص٢٨٨، حديث رقم:(٣٥٢٨) وأخرجه النسائي، سنن النسائي(المجتبى)، كتاب: البيوع، باب: الحث على الكسب، ج٧، ص٢٤١، حديث رقم:(٤٤٥٠) وأخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: التفسير، باب: من سورة البقرة، ج٢، ص٣١٢، حديث رقم:(٣١٢٣) وأخرجه عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، كتاب: الصدقة، باب: ما ينال الرجل من ابنه، ج٩، ص١٣٣، حديث رقم:(١٦٦٤٣) وأخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، في الرجل يأخذ من مال ولده، ج٤، ص٥١٦، حديث رقم:(٢٢٦٩٣)، **لفظ الحديث:** متفق عليه، **الحكم على الحديث:** قال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٢، ص٣١٢.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٩٠.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٣٥.

(7) الدردير، الشرح الكبير، ج١١٠، ١١١ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١١٠، ١١١ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٦٤ والحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٦٤

(8) النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٥٦ والحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٦٤ وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٩٠.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحـان القـول الأول القاضي بجواز رجوع الأم فيما وهبت لإبنها، وإلحاقها بالأب في ذلك؛ لقوة ما استدلوا به مـن أدلـة تقضي بمساواة الأم بالأب.

المسألة الثانية: حكم رجوع الجد فيما وهب لولد الولد

لذات السبب في الاختلاف السابق في حمل لفظ الوالد الوارد في الحديث علـى معنـاه الحقيقـي، فيكون خاصاً بالأب دون غيره، أو حمله على معناه المجازي، فيكون شاملاً لسائر الأصول، اختلـف الفقهاء في حكم رجوع الجد فيما وهب لولد الولد، وإلحاقه بالأب في حقه بالرجوع؛ ولإيـضاح ذلـك نقول اختلاف الفقهاء القائلون بجواز رجوع الأب فيما وهب لولده في حكم رجوع الجد فيما وهب لولـد الولد على قولين:

القول الأول: جواز رجوع الجد فيما وهب لولد ولده كالأب، وهو قول الـشافعية فـي المـشهور عندهم[١]، وقول عند الحنابلة[٢]، وقول الظاهرية[٣].

وجه ذلك:

استدلوا بعموم الآيات الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة، منها:

أولاً: قوله تعالى: **يا بني آدم** [٤].

ثانياً: قوله تعالى: **كما أخْرج أبويكم من الجنةِ** [٥].

وجه الدلالة:

قال ابن حزم:" جعل ا تعالى الجد والجدة أبوين "[٦].

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠١، ٤٠٢ والإقناع، ج٢، ص٣٦٧ والغمراوي، السراج الوهـاج، ص٣٠٨، ٣٠٩ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٤٤٧.

(2) المرداوي، الإنصاف، ج٧، ص١٥٠.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٣٥.

(4) سورة الأعراف، الآية:٢٦، ٢٧، ٣١، ٣٥.

(5) سورة الأعراف، الآية:٢٧.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٣٥.

ثالثاً: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا يحل للرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه "[١].

وجه الدلالة: لفظ الوالد الوارد في الحديث عام يشمل سائر الأصول، بجامع أن لكل ولادة، كما في النفقة، وحصول العتق، وسقوط القود [٢].

القول الثاني: عدم جواز رجوع الجد فيما وهب لولد ولده، وهو قول المالكية[٣]، والحنابلة على الصحيح من المذهب [٤]، وقول عند الشافعية على خلاف المشهور[٥].

وجه ذلك:

قوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا يحل للرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه"[٦].

وجه الدلالة: إن الخبر يتناول الأب حقيقة، وليس الجد في معناه؛ لأنه يدلي بواسطة، ويسقط بالأب[٧].

يجاب عنه: ليس في الحديث ما يدل على نفي إقامة الجد مقام الأب، بل الآيات الكريمة تبين جواز إقامة الجد مقام الأب، ومساوته له في المعنى.

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول الأول القاضي بجواز رجوع الجد فيما وهب لولد ولده، وإلحاقه بالأب في ذلك؛ لقوة ما استدلوا به من أدلة، حيث جاءت كثير من الآيات الكريمة التي تسمي الجد أباً، منها: قوله تعالى في صاحبي الجدار: **وكان أبوهما صالحا** [٨] قال القرطبي:" هو الأب السابع، وقيل: العاشر"[٩].

---

(1) سبق تخريجه، انظر: ص٢٣٢ من هذه الرسالة.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٢.

(3) الدردير،الشرح الكبير،ج٤،ص١١١والعدوي،حاشية العدوي،ج٢،ص٣٣٤والنفراوي،الفواكه الدواني،ج٢، ص١٥٥.

(4) المرداوي، الإنصاف، ج٧، ص١٥٠ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٤٦٩.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠١، ٤٠٢ والإقناع، ج٢، ص٣٦٧ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٨، ٣٠٩ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٤٤٧.

(6) سبق تخريجه، انظر: ص٢٣٢ من هذه الرسالة.

(7) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٤٦٩.

(8) سورة الكهف، الآية: ٨٢.

(9) القرطبي، تفسير القرطبي، ج١١، ص٣٨ وانظر: الشوكاني، فتح القدير، ج٣، ص٣٠٤.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد الهبة بسبب الخيار

من استقراء نصوص الفقهاء حول ثبوت الخيار في عقد الهبة، يتبين أن كلامهم ينحصر حول الهبة إذا كانت بعوض، دون التطرق للحديث عن الهبة المطلقة عن العوض، إلا ما ذكر عند الشافعية من تصريح بعدم ثبوت الخيار في الهبة المطلقة عن العوض[1]؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في ثبوت الخيار في عقد الهبة إذا كانت بعوض على قولين، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم هل تصير الهبة بيعاً إذا كانت بعوض، أم لا ؟

صورة المسألة: أن يقول زيد لعمرو: وهبتك بيتي على أن تعوضني مكانه قطعة الأرض الفلانية.

القول الأول: إذا كانت الهبة بعوض يثبت فيها الخيار، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية على الصحيح[٤]، والمذهب عند الحنابلة[٥].

وجه ذلك:

إنه إذا شرط فيها عوضاً معلوماً صارت بيعاً؛ لأنه تمليك بعوض معلوم أشبه البيع[٦].

---

(1) **قال الشربيني**:" لا خيار في الإبراء، والنكاح، والهبة بلا ثواب- أي بلا عوض-؛ لأن إسم البيع لا يصدق على شيء من هذه الثلاث". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٠٢ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٥ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٧٠٦ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٤٨٨.

(3) **قال الإمام مالك**:" الهبة على العوض بيع من البيوع يصنع فيها وفي العوض ما يصنع بالبيع ". ومقتضاه يثبت لها ما يثبت للبيع من أحكام، ومنها الخيار. الإمام مالك، المدونة، ج١٥، ص١٢٩ وانظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٢٥٦ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٥٨.

(4) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٤٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤، ٤٠٥ والحصني، كفاية الأخيار، ص٢٤٣.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٠٠ والمرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٧و ج٧، ص١١٦ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٦٠ وضويان، منار السبيل، ج٢، ص٢٥.

(6) ابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٦٠ وانظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٤٨٨ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٠٢ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٤٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٤، ٤٠٥.

القول الثاني: لا تجوز الهبة إذا شرط فيها العوض، وهي فاسدة مردودة؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله، وكل شرط ليس في كتاب الله -عزوجل- فهو باطل، وهو قول عند الشافعية[(١)]، ورواية عند الحنابلة[(٢)]، وقول الظاهرية[(٣)].

وجه ذلك:

أولاً: إنها ليست بيعاً؛ لأن البيع لا يجوز بغير ثمن مذكور، ولا بثمن مجهول، وهبة الثواب لم يذكر ثوابها، ولا عرف، فهي إن كانت بيعاً، فهي بيع فاسد حرام خبيث، وإن لم تكن بيعاً، فقد بطل حكمهم لها بحكم البيع "[(٤)].

ثانياً: قياساً على الرهن؛ بجامع أنه عقد لا يقتضي العوض، فبطل شرط العوض[(5)].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان قول جمهور الفقهاء، القاضي بجواز الرجوع عن عقد الهبة إذا كانت بعوض، قياساً على جواز الرجوع عن عقد البيع بسبب الخيار؛ لأن الهبة لا تخرج عن كونها بيعاً إذا كانت بعوض، فكأنه بيع بلفظ الهبة.

---

(1) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٤٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٥.

(2) المرداوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٧ و ج٧، ص١١٦ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٤٦٨.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١١٨.

(4) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٢٠ وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٥.

(5) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٤٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٥.

المطلب الثالث

شروط وموانع الرجوع في عقد الهبة

الفرع الأول: شروط وموانع الرجوع في عقد الهبة عند من منع الرجوع لغير الوالدين وهم: جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، على نحو ما بينا سابقاً[١]:

المسألة الأولى: شروط وموانع الرجوع في عقد الهبة عند المالكية

اشترط المالكية مجموعةً من الشروط لجواز رجوع الوالد– الأب، والأم- فيما وهب لولده، يمكن إجمالها فيما يلي، مع التنبيه إلى أنها نفسها تُعَد موانعاً من الرجوع، ومما تجدر الإشارة إليه أن المالكية في كتبهم ذكروا أنها شروط للرجوع، لا موانعَ له[٢].

أولاً: أن لا يتزوج الولد بعد الهبة[٣].

ثانياً: أن لا يحدث ديناً لأجل[٤].

ثالثاً: أن لا تتغير الهبة عن حالها[٥].

رابعاً: أن لا يخرج عن ملكه بالبيع مثلاً[٦].

خامساً: أن لا يمرض الواهب، أو الموهوب له، وله الرجوع إن زال المرض بخلاف النكاح، والدين[٧]؛ لأن المنع إنما كان لأن الظاهر أنه مرض موت، فإذا صح تبين أنهم أخطؤا، وأنه مرض لا يموت منه[٨].

---

(1) انظر: ص٢٣١ من هذه الرسالة وما بعدها.

(2) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٤١.

(3) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٤١ وابن عبد البر، الكافي، ص٥٣١ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٦٤ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٥٦.

(4) المراجع السابقة، نفس المواطن.

(5) المراجع السابقة، نفس المواطن.

(6) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٤٢ وابن عبد البر، الكافي، ص٥٣١.

(7) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٤٢ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٦٤.

(8) المواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٦٤.

سادساً: أن يكون الابن الموهوب له ذا أب وقت الهبة، صغيراً كان، أم كبيراً[١].

سابعاً: أن لا يكون القصد من الهبة الأجر والثواب، ما لم يوجد شرط الرجوع[٢].

المسألة الثانية: شروط وموانع الرجوع في عقد الهبة عند الشافعية

اشترط الشافعية شرطاً واحداً لجواز رجوع الوالد، أو سائر الأصول على المشهور، فيما وهب لولده، وهو: بقاء الموهوب في سلطنة– أي ولاية- المتهب –وهو الولد– [٣].

أما ما يعده الشافعية مانعاً من الرجوع فيمكن إجماله فيما يلي:

أولاً: إذا زال ملكه عنه- أي الشيء الموهوب- ببيعه، أو وقفه، أو عتقه، أو وهبه لآخر وقبضه، أو أجره على قول خلاف المذهب؛ لأن العين باقية بحالها، ومورد الإجارة المنفعة[٤].

ثانياً: جنون الأب، يعَد مانعاً من الرجوع، إلا إذا أفاق كان له الرجوع[٥].

ثالثاً: إذا أحرم والموهوب صيد، فإنه لا يرجع في الحال؛ لأنه لا يجوز إثبات يده على الصيد في حال الإحرام[٦].

رابعاً: الحجر على الموهوب له بالفلس، يعَد مانعاً من الرجوع على الصحيح من المذهب، وقيل يرجع؛ لأن حقه سابق فإنه يثبت من حين الهبة [٧].

خامساً: ارتداد الولد- الموهوب له- يعَد مانعاً من الرجوع، على أصل القول أن ملكه يزول، وعلى القول أن ملكه لا يزول يرجع[٨].

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص١١٠ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١١١ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٥٦

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص١١١ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٥٦ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٦٤.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٢ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٨٠ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٩

(4) المراجع السابقة، نفس المواطن.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٢.

(6) المرجع السابق، ج٢، ص٤٠٢.

(7) المرجع السابق، ج٢، ص٤٠٢ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٨١ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٩.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٢ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٨١.

المسألة الثالثة: شروط وموانع الرجوع في عقد الهبة عند الحنابلة

اشترط الحنابلة لجواز رجوع الوالد– الأب، والأم، والجد- فيما وهب لولده، شروطاً أربعة، يمكن إجمالها فيما يلي، مع التنبيه إلى أنها نفسها تُعَد موانعاً من الرجوع، ومما تجدر الإشارة إليه أن الحنابلة في كتبهم ذكروا أنها شروط للرجوع، لا موانعَ له(١).

أولاً: أن تكون الهبة باقية في ملكه؛ ويخرج بذلك ما لو زال ملكه عنها ببيع، أو هبة مقبوضة، أو وقف، أو جعلها صداقاً لإمرأة، أو عوضاً على صلح ونحوه؛ لأن الرجوع فيها بعد خروجها إبطال لملك غيره(٢).

ثانياً: أن تكون العين باقية في تصرف الولد، فإن رهنها، أو حجر عليه لفلس، سقط الرجوع(٣).

ثالثاً: أن لا تزيد زيادة متصلة، فإن زادت زيادة متصلة، كالسمن، والتعلم، ففيها روايتان:

إحداهما: لا تمنع الرجوع؛ لأنها زيادة في الموهوب، فلم تمنع الرجوع، كالزيادة قبل القبض، والمنفصلة.

والثانية: تمنع الرجوع؛ لأن الزيادة للموهوب له؛ لكونها نماء ملكه، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه، فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الأصل؛ لئلا يؤدي إلى سوء المشاركة، وضرورة التشقيص، هذ بالنسبة للزيادة المتصلة، أما الزيادة المنفصلة، فلا تمنع الرجوع(٤).

رابعاً: أن لا تتعلق بها رغبة لغير الولد، نحو أن يرغب الناس في تزويجه، فيزوجوه من أجلها، أو يداينوه، فإن تعلقت بها رغبة، ففيها روايتان(٥):

إحداهما: لا رجوع فيها؛ لأنه إضرار بالغير فلم يجز، كالرجوع فيها بعد فلس الإبن.

والثانية: له ذلك؛ لعموم قوله- صلى الله عليه وسلم-:" لا يحل للرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده..."(٦)، ولأن حق الغير لم يتعلق بهذا المال أشبه ما لو لم يتزوج.

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣١٣ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٤٦٩.

(2) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(3) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٩٢ والكافي، ج٢، ص٤٧٠.

(5) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٤٧٠.

(6) سبق تخريجه: انظر، ص٢٣٢ من هذه الرسالة.

المسألة الرابعة: شروط وموانع الرجوع في عقد الهبة عند الظاهرية

اشترط الظاهرية لجواز رجوع الوالد– الأب، والأم، والجد- فيما وهب لولده، شـروطاً أربعـة، يمكن إجمالها فيما يلي[1]:

أولاً: أن لا تتغير الهبة عند الولد بحيث يسقط عنها الاسم؛ لأنها إذا تغيرت، فهي غير مـا جعـل رسول- ا صلى ا عليه وسلم- له الرجوع فيه.

ثانياً: إذا خرجت عن ملكه؛ لأن- النبي صلى ا عليه وسلم- لم يجعل له الرجوع على غيره أي على غير ولده.

ثالثاً: إذا مات؛ لأن- النبي صلى ا عليه وسلم- لم يجعل له الرجوع على غيره، أي على غيـر ولده.

رابعاً: إذا بطل تملكه؛ لأنه لا تملك للأب فيها أصلاً.

---

(1) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٣٦.

الفرع الثاني: شروط وموانع الرجوع في عقد الهبة عند الحنفية الذين قـالوا بجـواز الرجـوع مطلقاً حتى بعد القبض على نحو ما بينا سابقاً[١].

أولاً: شروط الرجوع في عقد الهبة عند الحنفية

اشترط الحنفية لصحة الرجوع في الهبة بعد القبض شرطاً واحداً، وهو أن يكون الرجوع بالقضاء، أو الرضا[٢] وسيأتي بيانه مفصلاً عند الكلام عن كيفية الرجوع في المطلب التالي-إن شاء ا تعالى-.

ثانياً: موانع الرجوع في عقد الهبة عند الحنفية

موانع الرجوع عند الحنفية ينتظمها بيت الشعر القائل:

ويمنع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقة[٣].

قال الرملي: قد نظم ذلك ولدي العلامة شيخ الإسلام محيي الدين، فقال:

منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت عوض

وخروجها عن ملك موهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض.

الدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين، والميم للموت، والعـين للعـوض، والخـاء لخـروج الموهوب عن ملك الموهوب له، والزاي للزوجية، والقاف للقرابة، والهاء للهلاك.

ولإيضاح ذلك نقول موانع الرجوع عند الحنفية سبعة:

أولاً: الزيادة المتصلة: وهي الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة، كالجمـال، والخياطة، والصبغ ونحو ذلك، فإذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة امتنع الرجوع؛ لأن الرجوع لا يصح إلا في الموهوب، والزيادة ليست موهوبة، فلا رجوع فيها، والفصل متعذر ليرجع فـي الأصـل دون الزيادة، فامتنع أصلاً، وبطل حق الواهب؛ لأن له حق التملك في الأصـل دون الزيـادة، وحـق الموهوب له حقيقة الملك فيهما، فكان مراعاته أولى عند تعذر الفصل، ولا يمكن إيجاب الضمان عليـه أيضاً؛ لأن حق التملك لا يجوز أخذ العوض عنه، فبطل أصلاً، وقيد بالزيادة؛ لأن النقصان كالحبـل، وقطع الثوب غير مانع، وقيد بالمتصلة؛ لأن المنفصلة كالولد غير مانع من الرجـوع فـي الأصـل، وكذلك لا تُعَد الزيادة في السعر مانعة من الرجوع؛ لأن ذلك ليس بزيادة في العين، فإنه عبـارة عـن كثرة رغبات الناس فيه، فأما العين على حاله كما كان[٤].

---

(1) انظر: ص٢٣٣ من هذه الرسالة وما بعدها.

(2) **قال الكاساني:**" وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضـا ". الكاسـاني، بـدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٨.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٨، ص٤٦٣ وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ٩٨.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٩٨ والسرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٥٦ وابن نجـيم، البحـر الرائـق، ج٧، ص٢٩١ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٦٩٩ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٨، ص٤٦٣.

ثانياً: الموت

موت أحد المتعاقدين (الواهب، أو الموهوب له) يعَد مانعاً من الرجوع إذا كان بعد التسليم والقبض؛ لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة، فصار كما إذا انتقل في حال حياته، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه، وهو مجرد خيار فلا يورث كخيار الشرط، بخلاف خيار العيب؛ ولأن الشارع أوجبه للواهب، والوارث ليس واهباً، وقيد بكونه بعد التسليم؛ لأنه لو مات أحدهما قبله بطلت؛ لعدم الملك[1].

ثالثاً: العوض:

وهو كقوله: خذه عوض هبتك، أو بدلها، أو في مقابلتها، أو نحو ذلك، فإذا عوض الموهوب له الواهب عن هبته، وقبضه، امتنع عليه الرجوع؛ لما روي عن أبي هريرة– رضي الله عنه– قال: قال رسول- صلى الله عليه وسلم-:" الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها "[2]، أي ما لم يعوض عنها؛ ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب الوصول إلى العوض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده، فيمنع الرجوع، وسواء قل العوض، أو كثر؛ لعموم الحديث السابق حيث جاء عاماً من غير تفريق بين قليل، أو كثير[3].

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يشترط في العوض حتى يكون مانعاً من الرجوع ثلاثة شروط[4]:

أولاً: أن يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض، ويخرج بذلك أنه لو وهب له شيئاً، أو تصدق عليه، ولم يذكر أنه عوض، لا يسقط الرجوع بل لكل منهما أن يرجع في هبته.

ثانياً: أن لا يكون العوض مملوكاً بذلك العقد، حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح، ولا يكون عوضاً.

ثالثاً: سلامة العوض للواهب، فإن لم يسلم بأن استحق من يده لم يكن عوضاً، وله أن يرجع في الهبة؛ لأن بالاستحقاق تبين أن التعويض لم يصح، فكأنه لم يعوض أصلاً.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص٩٩ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٩.

(2) سبق تخريجه، انظر: ص٢٣٣ من هذه الرسالة.

(3) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج ٣، ص٢٢٨ والسرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٧٥ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٧٠١ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٣٠.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٢، ٢٩٣ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٧٠١، ٧٠٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٣٠.

رابعاً: خروج الموهوب عن ملك الموهوب له

خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب كان، كالبيع، أو الهبة، ونحوهما، يعَد مانعاً من الرجوع؛ لأنه حصل بتسليط الواهب، فلا ينقضه؛ ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه؛ ولأن اختلاف المالكين كاختلاف العينين، غير أن العين إذا عادت بفسخ فله الرجوع، أما إن عادت بسبب جديد فلا[1].

خامساً: الزوجية

الزوجية تُعَد مانعاً من الرجوع؛ والمراد بها وقت الهبة؛ لأن المقصود فيها الصلة أي الإحسان كما في القرابة، على ما سيأتي بيانه بعد قليل، ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين بغير حجب، ويمتنع شهادة كل منهما لصاحبه؛ وهذا لأن المقصود حصل بالهبة وهو تحقيق ما بينهما من معنى السكن، والازدواج، وفي الرجوع إيقاع العداوة فيما بينهما، والنفرة، والزوجية بمعنى الألفة، والمودة فلا يجوز لأحدهما الإقدام على ما يضاده[2].

سادساً: القرابة

والمقصود بها: كل ذي رحم محرم، فإذا وهب لذي رحم محرم، امتنع الرجوع؛ لما روي عن سمرة عن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال:" إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها "[3]، فالحديث دال بمنطوقه على عدم جواز الرجوع في الهبة إذا كانت لذي رحم محرم؛ ولأنه حصل مقصوده وهو صلة الرحم، ولما في الرجوع من قطيعة رحم، منع الرجوع، وقيد بالرحم؛ لأن المحرم بلا رحم كأخيه من الرضاع، وأمهات النساء، والربائب، وأزواج البنين والبنات، لا يمنع الرجوع، وقيد بالمحرم؛ لأن الرحم بلا محرم كابن عمه، لا يمنع الرجوع[4].

سابعاً: الهلاك

والمقصود به هلاك العين الموهوبة، بأن تلفت عينها، أو عامة منافعها، فإنه مانع من الرجوع؛ لتعذره بعد الهلاك، إذ هو غير مضمون عليه[5].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٣ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٧٠٣ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص١٦٨ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٣٠.

(2) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٥١ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٤ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٧٠٤ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٣٣ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص١٦٧.

(3) سبق تخريجه، انظر: ص٢٣٣ من هذه الرسالة.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٠١ والسرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤٩ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٤ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٧٠٤ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٣٣.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص١٠١ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٤ والحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٧٠٤ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٤٨٣.

المطلب الرابع

كيفية الرجوع في عقد الهبة بعد تمامه بالقبض، وبماذا يحصل

الفرع الأول: كيفية الرجوع في عقد الهبة

المقصود بذلك: إذا توفر شرط الرجوع، وانتفى مانعه، هل يحتاج إلى قضاء، وحكم حاكم، أم يكون للواهب الرجوع بإرادته المنفردة، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إذا ثبت حق الرجوع، فإنه يكون بإرادة الواهب وحده، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر- الموهوب له- ودون توقف على حكم حاكم، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤].

وجه ذلك:

أولاً: قالوا: لا يحتاج الرجوع إلى حكم حاكم؛ لثبوته بالنص[5]، وكأنهم يريدون بالنص: قوله - صلى ا عليه وسلم-:" لا يحل للرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده..."[٦].

ثانياً: قياساً على خيار الشرط، بجامع أنه خيار في فسخ العقد، فلم يفتقر إلى القضاء[٧].

---

(1) العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص١٢٥ والحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٦٣ وأبو الحسن، كفاية الطالب، ج٢، ص٣٣٤.

(2) النووي، روضة الطالبين،ج ٥، ص٣٨٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠١ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٢١٩.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣١٦ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٩٣.

(4) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٢٨.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣١٦.

(6) سبق تخريجه، انظر: ص٢٣٢ من هذه الرسالة.

(7) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٩٣.

القول الثاني: يتوقف الرجوع على إرادة ورضا العاقد الآخر- الموهوب له- فإن لم يتم التراضي، فإنه يتوقف على التقاضي، وإلى هذا ذهب الحنفية[1].

وجه ذلك:

قياساً على الرد بالعيب في البيع بعد القبض، فكما لا يصح الرجوع بخيار العيب بعد القبض إلا بالتراضي، أو التقاضي، فكذلك الرجوع في الهبة بعد القبض؛ لأنه فسخ للعقد بعد تمامه، فاحتاج إلى القضاء، إن لم يوجد التراضي[2].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن خيار العيب إنما يكون في البيع، وهو عقد معاوضة، بخلاف الهبة، فهي لا تخرج عن كونها عقد تبرع، فافترقا.

ولو سلمنا لهم هذا الاستدلال، فإنه ينتقض بخيار الشرط، بجامع أنه خيار في فسخ العقد، فلم يفتقر إلى القضاء[3].

الرأي المختار:

من النظر في أراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قول جمهور الفقهاء، القاضي بجواز رجوع الواهب في هبته بإرادته المنفردة دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، ودون حاجة إلى القضاء، متى وجد شرط الرجوع، وانتفى مانعه، لثبوت حقه بالرجوع بقوله صلى الله عليه وسلم:" لا يحل للرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده..."[4] فالحديث عام يفيد جواز الرجوع دون توقف على الرضا، أو القضاء.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٥٧ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص٢٩٤ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص٢٢٩ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٨، ص٤٦٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٨.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٨.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٩٣.

(4) سبق تخريجه، انظر: ص٢٣٢ من هذه الرسالة.

الفرع الثاني: ما يحصل به الرجوع في عقد الهبة

المقصود هنا: الألفاظ، والتصرفات التي إذا صدرت ممن له حق الرجوع اعتبرت رجوعاً في الهبة.

من ذلك يتبين أن الرجوع قد يكون باللفظ، أو التصرف؛ ولإيضاح ذلك لا بد من التفرقة بين الأمرين:

أولاً: الرجوع باللفظ

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، الشافعية(٣)، والحنابلة(٤) أن الرجوع في الهبة يحصل بكل لفظ يدل عليه، كقول الواهب رجعت فيما وهبت، أو استرجعته، أو رددته إلى ملكي، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع، وهذه جميعها من الصريح، وكما يحصل بالصريح يحصل بالكناية مع النية، كأخذته، وقبضته.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المالكية وإن تعارفوا لفظ الاعتصار للتعبير به عن الرجوع في الهبة، إلا أنهم لم يخصوه به.

قال الدردير المالكي:" لا يشترط لفظ الاعتصار على الأظهر؛ لعدم معرفة العامة له، وليس في الحديث ما يدل على لفظ الاعتصار "(٥).

وبين الدسوقي(٦)، أن المراد بالحديث قوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا يحل للرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده..."(٧)

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٨، ص٤٦١.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص١١٠ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١١٠.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٣ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٨٣ والغمراوي، السراج، الوهاج، ص٣٠٩.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣١٦ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٩٣.

(5) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص١١٠ وانظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١١٠.

(6) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١١٠.

(7) سبق تخريجه، انظر: ص٢٣٢ من هذه الرسالة.

ثانياً: الرجوع بصدور تصرف يدل عليه، وذلك كأن باع الموهوب، أو وهبه لآخر، أو وقفـه، أو عتقه. اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يحصل الرجوع إلا بالقول، وهو قول الحنفية[١]، والحنابلـة[٢]، والـراجح عنـد المالكية[٣]، والصحيح عند الشافعية[٤].

وجه ذلك: إن ملك الموهوب ثابت يقيناً، فلا يزول إلا بيقين، وهو القول[٥].

يجاب عنه: إن القول إنما اعتبر لما فيه من دلالة على قصد الرجوع، وهذا المعنى يوجد في بيـع الموهوب، أو وهبه لآخر، أو وقفه، أو عتقه، إذ وجود مثل هذه التصرفات فيه إشعار بإرادة الواهـب في الرجوع فيما وهبه، وأقل ما يقال في ذلك: قياسها على حصول الرجوع باللفظ الكنائي.

القول الثاني: يحصل بكل منها– أي ببيع الموهوب، أو وهبه لآخر، أو وقفه، أو عتقه- وهو مقابل الأصح عند الشافعية[٦]. **وجه ذلك:** قالوا: يحصل بكل منها كما يحصل من البائع زمن الخيار[٧].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن المبيع في زمن الخيار باقٍ على ملك صاحبه؛ لعـدم لـزوم العقد مع وجود الخيار، بخلاف الهبة إذ يلزم عقدها بالقبض، بل بمجرد العقد على رأي بعض الفقهـاء على نحو ما بينا سابقاً[٨]، فافترقا.

الرأي المختار: من النظر في أراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث أنه لا بد من التفرقة بين ما إذا كان الرجوع قبل القبض، أم بعده، فإن صدر من الواهب قبل القـبض تـصرفاً يخرج الموهوب عن ملكه كأن باعه، أو وهبه لآخر، أو وقفه، أو أعتقه، أو غير ذلك من التـصرفات التي تخرجه عن ملكه، فنقول بقول الشافعية الثاني، القاضي باعتبار مثل هذه التصرفات رجوعاً، أمـا إذا كان هذا التصرف بعد القبض فيكون القول الأول هو الأولى بالاتباع؛ لكمال ملك الموهـوب لـه، ونفوذ تصرفه، ومما تجدر الإشارة إليه عدم تطرق الفقهاء لمثل هذه التفرقة، ولعلهم في ذلـك حملـوا الأمر على ما بعد القبض، والله تعالى أعلم.

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٨، ص٤٦١.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣١٦.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٦٤.

(4)النووي،روضة الطالبين،ج٥،ص٣٨٣والشربيني،مغني المحتاج،ج٢، ص٤٠٤والغمراوي،السراج الوهاج، ص٣٠٩.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣١٦ وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٤.

(6)النووي،روضة الطالبين،ج٥، ص٣٨٣والشربيني،مغني المحتاج،ج٢،ص٤٠٤والغمراوي،السراج الوهاج، ص٣٠٩.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٤.

(8) انظر قول جمهور الفقهاء القاضي بلزوم عقد الهبة بالقبض: ص٢٢٣ وقول المالكية المشهور، والظاهرية، بلـزوم عقد الهبة بمجرد العقد، ص٢٢٧ من هذه الرسالة.

المبحث الثاني

الرجوع في عقد الوقف[1]

تمهيد: مشروعية الوقف

ثبتت مشروعية الوقف عند جمهور الفقهاء من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، والظاهرية[6]، بالكتاب، والسنة، وعمل الصحابة- رضي الله عنهم أجمعين-.

---

(1) **الوقف لغةً:** الحبس، يقال: وقف الأرض على المساكين وقفاً حبسها. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: وقف، ج٩، ص٣٥٩.

الوقف اصطلاحاً: عرفه الإمام أبو حنيفة بأنه:" حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة ". خالفه الصاحبان، وعرفوه بأنه:" حبس العين على حكم ملك الله تعالى ". والفرق بينهما: إن الإمام يرى أن ملك الواهب لا يزول عن الوقف ويكون له التصرف فيه ببيعه، ووهبه، وغير ذلك من التصرفات، مالم يحكم به حاكم، أو يعلق بموته، حتى أنه يورث بعد موته، أما عند الصاحبين فيزول ملك الواقف إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، فيلزم، ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث. انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٣، ١٤ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٥ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٠٢.

عرفه المالكية بأنه:" حبس عين لمن يستوفي منافعها على التأبيد ". انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص١٨ وعرفه ابن عرفة بأنه:" إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً ". انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص١٨ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٥٠.

عرفه الشافعية بأنه:" حبس ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٧٦ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٢ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص١٥٧.

عرفه الحنابلة بأنه:" تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٢٤٠ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٣ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٤، ص٢٧٠، ٢٧١.

(2) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٣ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٥ والسرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٢٧.

(3) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٧٥ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٧٥ والعدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٣٤٢.

(4) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٤٠ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٧٦ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٤٤٠.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٢٤٠والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٤، ص٢٧٠ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣١٢.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٧٥.

من القرآن الكريم

عموم قوله تعالى: لن تَنَالُواْ الْبِر حتى تُنفِقُواْ مِما تُحِبون[١] **وقوله تعالى: وافْعلُـوا الْخَيـر لَعلَّكُم تُفْلِحون**[٢].

وجه الدلالة من الآيات السالفة:

عموم هذه الآيات يفيد جواز الإنفاق في وجوه الخير، بل جعلته سبباً لنيل البر، وكسب الفلاح، مما يقتضي جواز الوقف، إذ لا يخرج عن كونه إنفاقاً للمال في وجوه البر.

من السنة النبوية الشريفة:

أولاً: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له "[٣].

وجه الدلالة: نص الحديث على انقطاع عمل الإنسان بموته، باستثناء ما سبق ذكره، ومنها الصدقة الجارية، ولا تتصور الصدقة الجارية إلا بحبسها، فدل الحديث على جواز الوقف.

قال النووي:" فيه دليل لصحة الوقف، وعظـيم ثوابـه "[٤]، وقـال الآبـادي:" صـدقة جاريـة كالأوقاف"[٥].

ثانياً: ما رواه إسحاق عن عمرو بن الحارث* قال:" ما ترك رسول ا - صلى ا عليه وسـلم- درهماً، ولا ديناراً، ولا عبداً، ولا أمة، ولا شيئاً، إلا بغلته البيضاء، وسلاحه، وأرضاً تركها صدقة"[٦].

وجه الدلالة: وقف النبي- صلى ا عليه وسلم- لأرضه، دليل جوازه، حيث إن أدنى مـا يثبـت بفعله - صلى ا عليه وسلم- الجواز.

---

(1) سورة آل عمران، الآية:٩٢.

(2) سورة الحج، الآية:٧٧.

(3) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الوصية، باب: ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاتـه، ج٣، ص١٢٥٥، حديث رقم:(١٦٣١).

(4) النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، ج١١، ص٨٥.

(5) الآبادي، عون المعبود، ج٨، ص٦٢.

* **عمرو بن الحارث:** هو ختن رسول ا - صلى ا عليه وسلم-، أخي جورية بنت الحارث. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٢١، ص٢٦٦ والبخاري، صحيح البخاري، ج٣، ص١٠٠٥.

(6) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الوصايا، باب: الوصايا وقول النبي- صلى ا عليه وسـلم- وصـية الرجل مكتوبة عنده، ج٣، ص١٠٠٥، حديث رقم:(٢٥٨٨).

عمل الصحابة - رضي ا عنهم جميعاً -:

الآثار عن الصحابة رضوان ا عليهم في هذا الموضوع كثيرة، نذكر منها:

ما رواه ابن عمر– رضي ا عنهما- قال:" أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأتى النبـي- صـلى ا عليه وسلم- يستأمره فيها، فقال: يا رسول ا إني أصبت بخيبر أرضاً لم أصب مالاً قط هـو أنفـس منه، فما تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر أنـه لا يبـاع أصلها، ولا يبتاع، ولا يورث، ولا يوهب، قال: فتصدق عمر في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقـاب، وفي سبيل ا ، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بـالمعروف، أو يطعـم صديقاً غير متمول فيه* "[1].

خالف في مشروعية الوقف القاضي شريح[٢]، والإمام أبو حنيفة في رواية[٣]، مـستدلين لـذلك بالسنة، والمعقول:

من السنة النبوية الشريفة:

ما روي عن ابن عباس أنه قال: لما أنزلت الفرائض في سورة النساء، قال رسول ا - صلى ا عليه وسلم-:" لا حبس عن فرائض ا "[٤].

وجه الدلالة: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا حبس عن فرائض ا " أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته، والوقف حبس عن فرائض ا عز شأنه، فيكون منفياً شرعاً "[5].

---

* **غير متمول فيه**: غير متخذ منها مالاً، أي ملكاً، والمراد أنه لا يتملك شيئاً من رقابهـا. انظـر: الآبـادي، عـون المعبود، ج٨، ص٥٨.

(1) أخرجه الشيخان، أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الوصايا، باب: الوقف كيف يكتب، ج٣، ص١٠١٩، حديث رقم:(٢٦٢٠) وأخرجه الامام مسلم في صحيحه، كتاب: الوصـية، بـاب: الوقـف، ج٣، ص١٢٥٥، حـديث رقم:(١٦٣٢)، **لفظ الحديث:** متفق عليه.

(2) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٤ والإمام الشافعي، الأم، ج٤، ص٥٨.

(3) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٣ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٥ والسرخـسي، المبـسوط، ج١٢، ص٢٧.

(4) أخرجه الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب: الفرائض والسير وغير ذلك، ج٤، ص٦٨، حديث رقم:(٤)، وأخرجـه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الوقف، باب: من قال لا حبس عن فرائض ا عزوجل، ج٦، ص١٦٢، حـديث رقم:(١١٦٨٨) **لفظ الحديث:** متفق عليه، **الحكم على الحديث:** قال الدارقطني:" لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان ". انظر: الدارقطني، سنن الدارقطني، ج٤، ص٦٨، وكذلك قال عنه البيهقي، انظر: البيهقي، سـنن البيهقـي الكبرى، ج٦، ص١٦٢ قال عنه ابن حزم:" حديث موضوع ". انظر: ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٧٧.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٩.

يجاب عنه بأمرين:

الأول: إنه حديث ضعيف[١]، بل هو موضوع كما قال ابن حزم[٢]، لا يحتج به في مقابلة ما سبق بيانه من أحاديث صحيحة ثابتة في كتب الحديث المعتبرة، استدل بها الجمهور على جواز الوقف.

الثاني: لو سلمنا لهم هذا الاستدلال، فإنه ينتقض بقولهم بجواز الهبة، والصدقة في الحياة، والوصية بعد الموت؛ لأنها كلها مانعة من فرائض الله تعالى في المواريث[٣].

المعقول:

قالوا: الوقف تصدق بالمنفعة، وهي معدومة وقت التبرع، والتصدق بالمعدوم لا يصح[٤].

ومقتضاه القياس على منع تمليك المعدوم.

يجاب عنه: إن العلة من منع تمليك المعدوم، منع المنازعات بسبب الغبن الذي قد يقع على أحد العاقدين وهي منتفية هنا، فأي غبن، أو ضرر قد يقع في تمليك المنفعة بطريق التصدق ؟!

الرأي المختار:

من النظر في اراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قول جمهور الفقهاء القاضي بجواز الوقف؛ لقوة أدلتهم، حيث إن جميع ما استدلوا به من أحاديث صحيحة ثابتة في كتب الحديث المعتبرة، كافية بحد ذاتها لأن تكون دليلاً لمشروعية وجواز الوقف.

أما ما نسب للإمام أبي حنيفة من عدم قوله بجواز الوقف، فيحمل على ما قاله أصحابه من أنه لم يقل بعدم جوازه، وإنما قال بعدم لزومه[٥].

أما قول شريح، فيجاب عنه بما قاله الإمام الشافعي:" إن قول شريح على الانفراد لا يكون حجة"[٦].

فيكون قوله مخالفاً للإجماع كما قال القرطبي:" راد الوقف مخالف للإجماع، فلا يلتفت إليه "[٧].

---

(1) الدارقطني، سنن الدارقطني، ج٤، ص٦٨ والبيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص١٦٢.

(2) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٧٧.

(3) المرجع السابق، ج٩، ص١٧٧.

(4) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٣.

(5) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٢٧ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٣ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٥ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٠٩.

(6) الإمام الشافعي، الأم، ج٤، ص٥٨.

(7) الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٨٨ والشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١٣٠.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الوقف بسبب طبيعة العقد

لبيان حكم الرجوع في عقد الوقف بسبب طبيعة العقد لا بد من التفرقة بين حالتين، الأولى: حكم الرجوع قبل القبض، والثانية: حكم الرجوع بعد القبض، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد الوقف قبل القبض(١)

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الوقف بسبب طبيعة العقد، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في شرط القبض، هل هو شرط صحة، أم شرط تمام؟ فمن قال: شرط صحة، قال: ما لم يقع القبض لم يلزم العقد، وللواقف الرجوع عنه، ومن قال: شرط تمام، قال: يلزم العقد، ويجبر الواقف على الإقباض، وليس له الرجوع عنه.

ولإيضاح ذلك نقول اختلف الفقهاء في اشتراط القبض للزوم عقد الوقف، وجواز الرجوع عنه على قولين:

---

(1) **تعريف القبض، وبماذا يتم قبض الوقف؟**

القبض لغةً: مصدر قبضت قبضاً، والقبض: تحويلك المتاع إلى حيزك، ويأتي بمعنى التناول للشيء بيدك ملامسة. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: قبض، ج٧، ص٢١٣، ٢١٤.

القبض اصطلاحاً: هو التمكين، والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً، وعادة، حقيقة ". انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٨.

بماذا يتم قبض الوقف؟

القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، كالإحراز، والتفرق، وبالجملة فالمساجد، والقناطر، ونحوها يكفي فيها التخلية بين الناس وبينها من غير خلاف. انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٠٦ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٣٦ وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٩٠.

والقبض عند المالكية يعرف بالحيازة، أو الحوز، وهو كما عرفه العدوي: رفع يد الواقف عن الوقف، وتمكين الموقوف من التصرف في الذات الموقوفة، أو التخلية بين الشيء الموقوف وبين الناس في نحو المسجد، والطاحون .... والحوز في كل شيء بحسبه ". العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٣٤٤، ٣٤٥ وانظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٦١.

القول الاول: الوقف لا يفتقر إلى القبض، بل يتم ويلزم بدونه، وعليه ليس للواقف الرجوع عنه بعد وقوعه- أي باللفظ- وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية*[١]، والشافعية[٢]، والراجح عند الحنابلة[٣]، وقول أبي يوسف من الحنفية[٤]، وعليه الفتوى[٥]، وقول الظاهرية[٦]. **وجه ذلك:** استدلوا بالسنة، والقياس

أولاً: من السنة النبوية الشريفة ما رواه ابن عمر– رضي الله عنهما- قال:" أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأتى النبي- صلى الله عليه وسلم- يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبت بخيبر أرضاً لم أصب مالاً قط هو أنفس منه، فما تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاع، ولا يورث، ولا يوهب، قال: فتصدق عمر في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً غير متمول فيه "[٧].

وجه الدلالة: جاء الحديث مطلقاً من غير تقييد بشرط القبض، ولو كان القبض شرطاً لبينه الرسول - صلى الله عليه وسلم- لسيدنا عمر– رضي الله عنه- قال الإمام الشافعي:" لم يزل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- المتصدق بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم يلي فيما بلغنا صدقته حتى قبضه الله تبارك وتعالى، ولم يزل علي بن أبي طالب- رضي الله عنه- يلي صدقته بينبع حتى لقي الله عزوجل، ولم تزل فاطمة - رضي الله عنها- تلي صدقتها حتى لقيت الله تبارك وتعالى"[٨].

---

* مما تجدر الإشارة إليه أن المالكية وإن لم يعتبروا القبض (الحوز) شرطاً للزوم الوقف، إلا أنهم اعتبروه شرطاً لصحته، كالهبة، فإن مات الواقف، أو مرض مرض موت، أو أفلس قبل القبض (الحوز) بطل الوقف. انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٧٨ وابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٤٤.

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٧٥ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٧٥.

(2) المطيعي، تكملة المجموع، ج٩، ص٢٥٢ والرملي، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ج١، ص٢٣١ **قال الشربيني:**" لا يشترط القبض على المذهب، وشذ الجوزي، فحكى قولين في اشتراطه في المعين ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٨٣.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج ٤، ص٢٥٤ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٠٦ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٩ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٣٦ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٢٨.

(4) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٣٦ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٣ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٦ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢١٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٩.

(5) **قال ابن نجيم:**" مشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف ترغيباً للناس في الوقف". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥،ص٢١٢.

(6) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٨٢.

(7) سبق تخريجه، انظر: ص٢٥٤ من هذه الرسالة.

(8) الإمام الشافعي، الأم، ج٤، ص٥٣.

ثانياً: القياس

قياساً على العتق، بجامع أن الوقف تبرع يمنع الهبة، والبيع، والميراث، فيلزم بمجرد اللفظ[١].

القول الثاني: الوقف لا يلزم إلا بقبضه، فإن لم يتم القبض يجوز الرجوع عنه، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية[٢]، ورواية عن الإمام أحمد[٣].

وجه ذلك:

أولاً: إن سيدنا عمر– رضي ا عنه– جعل وقفه في يد ابنته حفصة- رضي ا عنها- وأنه إنما فعل ذلك ليتم الوقف، فدل على أن الوقف لا يتم إلا بتسليمه إلى المتولى[٤].

يجاب عنه: إنه لم يفعل ذلك لإتمام الوقف، وإنما لكثرة اشتغاله، وخوف التقصير منه في أوانه، أو ليكون في يدها بعد موته[٥].

ثانياً: قياساً على الهبة، والوصية، بجامع أنه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية، فلم يلزم بمجرده[٦].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن الهبة تمليك مطلق، والوقف تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة، فهو بالعتق أشبه، فإلحاقه به أولى[٧].

الرأي المختار:

من النظر في أراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قـول جمهـور الفقهاء القاضي بلزوم عقد الوقف بمجرد وقوعه باللفظ، وعدم جواز الرجـوع عنـه؛ لقـوة أدلـتهم، وسلامتها من الردود والمناقشة؛ ولأن الوقف لا يخرج عن كونه تمليكاً تعالى، فلا يحتاج إلى قبض.

---

(1) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٠٦ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٩ وابـن مفلـح، المبـدع، ج٥، ص٣٢٨ وانظر: السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٣٦ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٥.

(2) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٣٦ وابن نجيم، البحـر الرائـق، ج٥، ص٢١٢ والكاسـاني، بـدائع الـصنائع، ج٦،ص٢١٩.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٩ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٣٦ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٢٨.

(4) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٣٦ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢١٢.

(5) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(6) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٠٦ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٩ وابـن مفلـح، المبـدع، ج٥، ص٣٢٨.

(7) المراجع السابقة، نفس المواطن.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد الوقف بعد القبض[١]

اختلاف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الوقف بعد القبض، **وسبب الخلاف** يرجع إلى اختلافهم في صفة عقد الوقف؛ ولإيضاح ذلك نقول اختلاف الفقهاء في لزوم عقد الوقف، وجواز الرجوع عنه بعـد القبض على قولين:

القول الاول: عقد الوقف بعد القبض عقد لازم لا يجوز الرجوع عنه، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، وبه قال الصاحبان من الحنفية[٥]، وعلـى قولهمـا الفتـوى[٦]، والظاهرية[٧]، غير أن المالكية مع قولهم بلزوم عقد الوقف إلا أنهم قيدوه بأن لا يشترط الواقف لنفـسه حق الرجوع، فإذا شرطه كان له ذلك[٨]، على ما سيأتي بيانه مفصلاً في المطلب الآتي- إن شـاء ا تعالى-.

وجه ذلك: استدلوا بالسنة، وإجماع الصحابة- رضي ا عنهم أجمعين-.

الأول: من السنة النبوية الشريفة

أولاً: ما رواه ابن عمر– رضي ا عنهما- قال:" أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأتى النبي- صـلى ا عليه وسلم- يستأمره فيها، فقال: يا رسول ا إني أصبت بخيبر أرضاً لم أصب مالاً قط هو أنفس منه، فما تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر أنـه لا يبـاع أصلها، ولا يبتاع، ولا يورث، ولا يوهب، قال: فتصدق عمر في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقـاب، وفي سبيل ا ، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بـالمعروف، أو يطعـم صديقاً غير متمول فيه "[٩].

---

(1) انظر تعريف القبض، وبماذا يتم قبض الوقف: هامش:(١)، ص٢٥٦ من هذه الرسالة.

(2) الدردير،الشرح الكبير،ج٤، ص٧٥والدسوقي،حاشية الدسوقي،ج٤،ص٧٥والنفراوي،الفواكه الدواني، ج٢، ص١٦١.

(3) النووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٤٢ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٨٣ والرملي، غاية البيـان شـرح زبد ابن رسلان، ج١، ص٢٣١.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج ٤، ص٢٥٤ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٠٦ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٩ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٣٦ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٢٨.

(5) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٣ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٥ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٨، ٢١٩.

(6) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢١٠.

(7) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٨٢.

(8) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٨٢، ٨٩ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٨٩.

(9) سبق تخريجه، انظر: ص٢٥٤ من هذه الرسالة.

وجه الدلالة:

دل الحديث بمنطوقه على عدم جواز بيع الموقوف، أو توريثه، أو هبته، وهذا إنما يقتضي لزومه، وعدم جواز الرجوع عنه.

ثانياً: قوله- صلى ا عليه وسلم-:" إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له "[١].

وجه الدلالة:

نص الحديث على انقطاع عمل الإنسان بموته، باستثناء ما سبق ذكره، ومنها الصدقة الجارية، ولا تتصور الصدقة الجارية إلا بحبسها، فدل الحديث على لزوم الوقف، وعدم جواز الرجوع عنه، والصدقة الجارية كما فسرها العلماء هي الوقف[٢].

الثاني: إجماع الصحابة – رضي ا عنهم –

نقل إجماع الصحابة– رضي ا عنهم– على لزوم عقد الوقف، وعدم جواز الرجوع عنه غير واحد من الفقهاء، منهم ابن نجيم[٣]، والقرافي[٤]، وابن قدامة[٥].

قال جابر بن عبد ا – رضي ا عنه-:" لم يكن أحد من الصحابة– رضوان ا عليهم– له مقدرة إلا وقف وقفاً، وكتبوا في ذلك كتباً، ومنعوا فيها من البيع، والهبة، وأوقافهم مشهورة بالحرمين بشروطها وأحوالها "[٦].

---

(1) سبق تخريجه، انظر: ص٢٥٣ من هذه الرسالة.

(2) الآبادي،عون المعبود، ج٨، ص٦٢ والصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٨٧ والشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١٢٨.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢١٠.

(4) القرافي، الذخيرة، ج٦، ص٣٢٣.

(5) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٩.

(6) لم أجده مخرجاً في كتب الحديث، ذكره: القرافي، الذخيرة، ج٦، ص٣٢٣ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢١، ص٣٩٧ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣١٢ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٩.

القول الثاني: عقد الوقف بعد القبض عقد جائز غير لازم، يجوز الرجوع عنه، إلا في وقف المسجد، أو يوصي بعد موته، فيلزم، أو يحكم بلزومه حاكم، وهو قول الإمام أبي حنيفة[1].

وجه ذلك:

استدل الإمام أبو حنيفة بالسنة، والقياس

الأول: من السنة النبوية الشريفة

أولاً: ما روي أن عبد الله بن زيد بن عبد ربه جاء إلى النبي- صلى الله عليه وسلم- فقال:" يا رسول إن حائطي هذا صدقة، وهو لله ولرسوله، فجاء أبواه، فقالا: يا رسول الله كان قوام عيشنا، فرده رسول الله - صلى الله عليه وسلم-، ثم ماتا، فورثه ابنهما بعدهما "[2].

وجه الدلالة:

إن الرسول- صلى الله عليه وسلم- رد هذه الصدقة، ولو كان لازماً لما رده- صلى الله عليه وسلم-.

يجاب عنه:

إن الحديث ليس فيه ذكر الوقف، وإنما هو وارد في الصدقة المنقطعة، وكأنه تصدق به صدقة تطوع وجعل مصرفها إلى اختيار رسول الله - صلى الله عليه وسلم-، فتصدق بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم- على أبويه، ولهذا لم يردها إليه وإنما دفعها إليهما[3].

ويحتمل أن الحائط كان لهما، وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما، فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه، وأتيا النبي- صلى الله عليه وسلم- فرده إليهما[4].

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية،ج٣، ص١٣ والسرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٢٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٢٥ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٠٩ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٨.

(2) أخرجه الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب: الأحباس، باب: وقف المساجد والسقايات، ج٤، ص٢٠١، حديث رقم:(١٧) وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الوقف، باب: من قال لا حبس عن فرائض الله ، ج٦، ص١٦٣، حديث رقم:(١١٦٩٣) وأخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: الفرائض، ج٤، ص٣٨٧، حديث رقم:(٨٠٢٠)، **لفظ الحديث**: متفق عليه، **الحكم على الحديث**: قال الحاكم: هذا حديث على شرط الشيخين، وأصح ما روي في طرق هذا الحديث ". انظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج٤، ص٣٨٧ وقال البيهقي:" مرسل ". انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص١٦٣.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٩ والبيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص١٦٣.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٩.

ثانياً: ما روي عن الزهري أن عمر بن الخطاب– رضي ا عنه- قال:" لولا أني ذكرت صدقتي لرسول ا - صلى ا عليه وسلم- لرددتها "[١].

وجه الدلالة: ظاهر الحديث يفيد أنه لا يمتنع الرجوع عن الوقف، وأن الذي منـع سـيدنا عمـر – رضي ا عنه- من الرجوع كونه ذكره للنبي- صلى ا عليه وسلم-، فكره أن يفارقه على أمر ثم يخالفه إلى غيره[٢].

يجاب عنه: إنه حديث منقطع؛ لأن ابن شهاب لم يدرك سيدنا عمر- رضي ا عنه- [٣].

وعلى فرض التسليم بصحته، فيجاب عنه: إنه لا حجة في أقوال الصحابة، وأفعـالهم إلا إذا وقـع الإجماع منهم، ولم يقع ها هنا[٤].

الثاني: القياس

قياساً على العارية، بجامع أن الوقف تمليك المنفعة دون الرقبة، فلا يلزم[٥].

يجاب عنه: إنه قياس مع الفارق؛ لأن العارية إباحة انتفاع لا تمليك، وليس كذلك الوقف، إذ هـو تمليك على الدوام، فافترقا.

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحـث أنـه لا خلاف بين الفقهاء في لزوم عقد الوقف بعد القبض، بناء على ترجيح الرواية التي تقضي بعدم جـواز الوقف عند الإمام أبي حنيفة[٦]، أما إن رجحنا الرواية الثانية التي تقضي بجواز الوقف وعدم لزومـه، فيعتذر للإمام أبي حنيفة أنه لم يبلغه حديث سيدنا عمر- رضي ا عنه- قال أبو يوسف:" هذا لا يسع أحد خلافه- يعني حديث سيدنا عمر رضي ا عنه- ولو بلغ أبا حنيفة لقال به "[٧].

---

(1) لم أجده مخرجاً في كتب الحديث، ذكره: ابن حجر، فتح الباري، قوله باب الوقـف كيـف يكتـب، ج٥، ص٤٠٢ والشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١٣١ **لفظ الحديث**: متفق عليه، **الحكم على الحديث:** قال ابن حجر:" منقطـع؛ لأن ابن شهاب لم يدرك سيدنا عمر- رضي ا عنه ". انظر: ابن حجر، فتح الباري، ج٥، ص٤٠٢ وكذلك قال الشوكاني. انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١٣١.

(2) ابن حجر، فتح الباري، ج٥، ص٤٠٢ والشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١٣١.

(3) المرجعان السابقان، نفس المواطن.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١٣١.

(5) المرغيناني، الهداية شرح البداية،ج٣، ص١٣ والسرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٢٧ والزيلعي، تبيـين الحقـائق، ج٣، ص٣٢٥ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٠٩.

(6) انظر: ص٢٥٤ من هذه الرسالة.

(7) ابن حجر، فتح الباري، ج٥، ص٤٠٣ والمباركفوري، تحفة الأحوذي، ج٤، ص٥٢١.

المطلب الثاني

حكم الرجوع في عقد الوقف بسبب الخيار

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الوقف بسبب الخيار، **وسبب الخلاف** يرجع إلى إختلافهم في صحة تعليق الوقف على شرط الخيار.

صورة المسألة: أن يقف بشرط الخيار لنفسه، في إبقاء وقفه، أو الرجوع فيه متى شاء، أو أن يشترط رجوعه إليه بوجه ما، كأن شرط أن يبيعه،أو يرهنه، أو يهبه متى شاء.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الوقف باطل في هذه الحال، وكذلك الشرط، وهو قول الحنفية بإستثناء الإمام أبي حنيفة(١)، والصحيح عند الشافعية(٢)، والمذهب عند الحنابلة(٣).

وجه ذلك:

أولاً: قياساً على العتق، بجامع أنه إزالة ملك إلى ا سبحانه وتعالى، فلم يصح اشتراط الخيار فيه(٤).

ثانياً: قياساً على الهبة، بجامع أنه إزالة ملك إلى الموقوف عليه، فلم يصح اشتراط الخيار فيه(٥).

ومقتضى هذين القياسين أنه شرط ينافي مقتضى العقد، فلم يصح.

يجاب عنه: إننا وإن سلمنا لهم ما استدلوا به من أدلة، إلا أننا نخالفهم بأن بطلان الشرط لمنافاته مقتضى العقد لا يستلزم منه بطلان الوقف؛ لأن الأصل في الوقف الصحة، والشرط عارض، فيبطل الشرط دون الوقف.

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٠٣ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٤٢.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٨٥ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٢٩ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٤ والأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ص٤٤١.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٢٥٠ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٢٥ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٥٣ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٢٣.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٠٣ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٨٥ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٢٩ ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٥٣.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٨٥ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٢٩ ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٥٣.

القول الثاني: يصح الوقف، والشرط، ويعمل به، وعليه يكون للواقف الرجوع في وقفه إذا شـرط ذلك، وهو قول المالكية[١]، وبه قال الشيخ تقي الدين من الحنابلة[٢]، ووافقهم أبو يوسف مـن الحنفيـة، وأهل البصرة، إذا اشترط الواقف أن يبيعه ويستبدل به وقفاً آخر[٣]، وعليه الفتوى[٤].

وجه ذلك: قوله- صلى الله عليه وسلم-:" المسلمون على شروطهم "[٥].

وجه الدلالة: عموم الحديث في وجوب الوفاء بالشروط.

يجاب عنه: إن العام إنما يعمل به ما لم تقم دلالة تخصصه، وما استدلوا به مخصص بمـا ثبـت عن سيدنا عمر- رضي الله عنه-:" فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاع، ولا يـورث، ولا يوهب..."[٦].

أما وجه قول أبي يوسف بصحة الوقف والشرط، إذا اشترط الواقف أن يبيعه ويستبدل به وقفاً آخر: ما رواه ابن عيينة، عن طاوس، عن أبيه، أخبرني حجر المدري، قال:" في صدقة النبي- صـلى الله عليه وسلم- يأكل أهلها منها بالمعروف غير المنكر "[٧].

وجه الدلالة: إن النبي- صلى الله عليه وسلم- كان يأكل من صدقته، والمراد صدقته الموقوفـة، ولا يحل الأكل منه إلا بالشرط، فدل على صحته، حيث إنعقد الإجماع على أن الواقف إذا لـم يـشرط لنفسه الأكل لا يحل له أن يأكل منه[٨].

يجاب عنه: إنه حديث غريب كما قال الزيلعي[٩]، لا يصح الإعتماد عليـه فـي إثبـات الأحكـام الشرعية.

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٨٢، ٨٩ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٨٩ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٦١، ١٦٢.

(2) المرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٢٥.

(3) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤١ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٨ وابن نجيم، البحر الرائـق، ج٥، ص٢٣٧ والحصكفي، الدر المختار، ج٤، ص٣٨٣.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٦، ص٢٢٨ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٣٨ وابن عابدين، حاشـية ابـن عابدين، ج٤، ص٣٨٥.

(5) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(6) سبق تخريجه، انظر: ص٢٥٤ من هذه الرسالة.

(7) أخرجه ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: الرد على أبي حنيفة، ج٧، ص٢٣٧، حديث رقم:(٣٦١١٣)، **الحكم على الحديث**: قال الزيلعي:" غريب ". انظر: الزيلعي، نصب الراية، ج٣، ص٤٧٩.

(8) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٦، ص٢٢٦ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٣٨ والمرغيناني، الهداية شـرح البداية، ج٣، ص١٨.

(9) الزيلعي، نصب الراية، ج٣، ص٤٧٩.

القول الثالث: يصح الوقف، ويلغو الشرط، وهو مقابل الصحيح عند الـشافعية[١]، وروايـة عنـد الحنابلة[٢]، وبه قال الظاهرية[٣]، وافقهم محمد بن الحسن من الحنفية إذا اشـترط الواقـف أن يبيعـه ويستبدل به وقفاً آخر[٤].

وجه ذلك:

أولاً: إنه شرط ليس في كتاب الله، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل[٥]، وكـأنهم يريـدون الاستدلال بقوله- صلى الله عليه وسلم-:" ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتـاب الله، مـن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن كان مائة شرط "[٦].

ثانياً: قياساً على من طلق زوجته على أساس أن لا رجعة له[٧].

ثالثاً: قياساً على الشروط الفاسدة في البيع[٨].

أما وجه قول محمد بن الحسن في بطلان الشرط دون الوقف، إذا اشـترط الواقـف أن يبيعـه ويستبدل به وقفاً آخر:

أولاً: إنه شرط لا يؤثر في المنع من زواله، والوقف يتم بذلك، ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف، فيتم الوقف بشروطه، ويبقى الإستبدال شرطاً فاسداً، فيكون باطلاً في نفسه، كالمسجد إذا شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم، فالشرط باطل، وإتخاذ المسجد صحيح[٩].

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٨٥ والنووي، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٢٩ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٠٤.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٥٣ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٢٣ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٢٥.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٨٣.

(4) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤١، ٤٢ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٨ وابـن نجـيم، البحـر الرائق، ج٥، ص٢٣٧، ٢٣٨ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٨٥.

(5) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص١٨٣.

(6) أخرجه الشيخان، أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الشروط، باب: الشروط في القرض، ج٢، ص٩٨١، حديث رقم:(٢٥٨٤) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتـق، ج٢، ص١١٤٢، حديث رقم:(١٥٠٤)، **لفظ الحديث:** للبخاري.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٨٥.

(8) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٥٣ وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٣٢٣ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٢٥.

(9) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤١، ٤٢ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٣٨.

ثانياً: الوقف شرع على وجه التمليك، فاشتراطه الكل، أو البعض يبطله؛ لأن التمليك من نفسه لا يتحقق، فصار كالصدقة المنفذة، وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه[١].

يجاب عنه: إن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى، فإذا شرط البعض لنفسه فقد جعل ما صار مملوكاً لله لنفسه، لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه[٢].

مما تجدر الإشارة إليه أن اختلاف فقهاء الحنفية في هذه المسألة مفرع على القول بجواز اشتراط الواقف الغلة لنفسه[٣]؛ لذلك كانت أدلتهم موجهة لتأكيد، أو نفي القول بجواز اشتراط الواقف الغلة لنفسه.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول القاضي بصحة الوقف، وبطلان الشرط؛ لأن الأصل صحة الوقف، وما الشرط إلا عارض، فيبطل الشرط دون العقد، من باب استصحاب الأصل؛ لقوله- صلى الله عليه وسلم-:" ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن كان مائة شرط "[٤]، فدل الحديث بمفهومه على بطلان الشرط دون العقد؛ ولأن الوقف لا يخرج عن كونه عقد تبرع إذ ليس فيه مبادلة مال بمال، فلا يفسد بالشرط الفاسد، إذا يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات.

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٦، ص٢٢٦ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٣٨ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٣، ص١٨.

(2) المراجع السابقة، نفس المواطن.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٨٥.

(4) سبق تخريجه، انظر: ص٢٦٥ من هذه الرسالة.

المبحث الثالث

الرجوع في عقد الوصية[١]

تمهيد:

مشروعية الوصية:

ثبتت مشروعية الوصية بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

أولاً: قوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ [٢].

وجه الدلالة: دلت الآية بمنطوقها على مشروعية الوصية للأقارب، مما يقتضي جوازها.

ثانياً: قوله تعالى: مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ [٣].

وجه الدلالة: دلت الآية بمفهومها على مشروعية الوصية، حيث جعلت الميراث حقاً يلي تنفيذ الوصية، وأداء الدين.

---

(1) **الوصية لغةً:**

العهد، يقال: أوصى الرجل، ووصاه عهد إليه، وسميت وصية؛ لإتصالها بأمر الميت. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: وصي، ج١٥، ص٣٩٤.

الوصية اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها:" تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان عيناً، أو منفعة ". انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٤٥٩ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص١٨٢ والحصكفي، الدر المختار، ج٦، ص٦٤٨ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٠٥.

عرفها المالكية بأنها:" عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده ". انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٢٤٢٢ والحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٣٦٤ والمواق، التاج والإكليل، ج٤، ص٤٢٢ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٢.

عرفها الشافعية بأنها:" تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ٣، ص٣٩ والأنصاري، فتح الوهاب، ج٢، ص٢١ والرملي، غاية البيان شرح زبد بن رسلان، ص٢٤٣.

عرفها الحنابلة بأنها:" التبرع بالمال بعد الموت ". انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٣٦ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٥ وابن مفلح، المبدع، ج٦، ص٤.

عرفها القانون المدني الأردني في المادة(١١٢٥) بأنها:" تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ".

(2) سورة البقرة، الآية١٨٠.

(3) سورة النساء، الآية١١.

من السنة النبوية الشريفة:

وردت أحاديث صحيحة كثيرة تدل بمنطوقها على مشروعية الوصية، منها:

أولاً: ما رواه سعد بن أبي وقاص عن أبيه- رضي الله عنه- قال:" كان رسول- الله صلى الله عليه وسلم- يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: إني قد بلغ بي من الوجع وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي، قال: لا، فقلت: بالشطر، فقال: لا، ثم قال: الثلث، والثلث كبير، أو كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس..."[(١)].

وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه على مشروعية الوصية بالثلث.

ثانياً: ما رواه عبد الله ابن عمر– رضي الله عنهما- أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- قال: " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده "[(٢)].

وجه الدلالة: دل الحديث بمفهومه على وجوب كتابة الوصية، والأمر بوجوب كتابتها يقتضي جوازها، قال النووي:" فيه دليل على وجوب الوصية، والجمهور على أنها ندب "[(٣)].

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز الوصية من لدن سيدنا محمد- صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا من غير نكير يذكر، قال ابن قدامة:" أجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية "[(٤)]، وقال الصنعاني:" أجمع المسلمون على الأمر بها، وإنما اختلفوا هل هي واجبة، أم لا "[(٥)].

---

(1) أخرجه الشيخان، أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الجنائز، باب: رثى سيدنا محمد- صلى الله عليه وسلم- سعد بن خولة، ج١، ص٤٣٥، حديث رقم:(١٢٣٣) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، ج٣، ص١٢٥٠، حديث رقم:(١٦٢٨)، **لفظ الحديث:** موطن الاستدلال جزء من حديث طويل متفق عليه.

(2) أخرجه الشيخان، أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الوصايا، باب: الوصايا، وقوله- صلى الله عليه وسلم- وصية الرجل مكتوبة عنده، ج٣، ص١٠٠٥، حديث رقم:(٢٥٨٧) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الوصية، ج٣، ص١٢٥٠، حديث رقم:(١٦٢٧)، **لفظ الحديث:** للبخاري.

(3) المباركفوري، تحفة الأحوذي، ج٤، ص٤٢.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٥ وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٣٠ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٣٩.

(5) الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص١٠٣.

المطلب الاول

حكم الرجوع في عقد الوصية

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الوصية على قولين:

القول الأول: للموصي الرجوع في جميع ما أوصى به، أو بعضه ما دام حياً، وهو محل إتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة، الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

وجه ذلك: استدلوا بالأثر، والقياس، والمعقول:

أولاً: من الأثر

ما روي عن سيدنا عمر– رضي ا عنه- أنه قال:" يغير الرجل ما شاء من الوصية "[٥].

وجه الدلالة: عموم الأثر عن سيدنا عمر- رضي ا عنه- حيث لم يفرق بين عتق وغيره.

ثانياً: القياس، استدلوا بالقياس من وجهين:

الأول: قياساً على جواز الرجوع عن الإيجاب في عقود المعاوضات، فهي بالتبرع أولى، كما في الهبة، والصدقة؛ لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب[٦].

الثاني: إنها عطية تنجز بالموت، فجاز الرجوع عنها قبل تنجيزها، قياساً على الهبة قبل القبض[٧].

المعقول: قالوا هي بمنزلة الوعد، والوعد لا يلزم الوفاء به، وإنما يستحب فقط[٨].

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٥ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص٢٠٨ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٧٨.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٥ والعدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٢٩٤ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٣٦٩ وابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٥١.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٦١ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٢١٥ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٤٤.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٣٧ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٥٠٠ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٥١٦ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٤، ص٤٤٥.

(5) أخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الوصايا، باب: الرجوع في الوصية وتغييرها، ج٦، ص٢٨١، رقم:(١٢٤٣٤) وأخرجه الدارمي، بلفظ :" يحدث الرجل في وصيته ما شاء، وملاك الوصية آخرها ". انظر: الدارمي، سنن الدارمي، كتاب: الفرائض، باب: الرجوع عن الوصية، ج٢، ص٥٠٢، رقم:(٣٢١١).

(6) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٥ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٦٥٨ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٧٨.

(7) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٦١ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٥١٦ وابن مفلح، المبدع، ج٦، ص٢٥.

(8) النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٥.

القول الثاني: للموصي الرجوع في جميع ما أوصى به ما دام حياً، إلا الوصية بالعتق، فلا رجوع له فيها، هذا إذا كانت مملوكة له، أما إن أوصى بعتق رقبة غير مملوكة له، فله الرجوع في ذلك، وهو قول الظاهرية[1].

وجه ذلك:

قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود[2].

وجه الدلالة:

قال ابن حزم:" وكان عهده عبده أن يعتقه إن مات عقداً مأموراً الوفاء به، وما هذه صفته فلا يحل الرجوع فيه، وأما سائر الوصايا فإنما هي مواعيد، والوعد لا يلزم إنفاذه "[3].

يجاب عنه:

إن الاستدلال بهذه الآية إنما يحمل على العقود اللازمة، والوصية قبل الموت ما هي إلا عقد جائز، فيكون استدلاله بهذه الآية خارج عن محل الخلاف.

أما وجه قوله بجواز الرجوع في حالة ما إذا أوصى بعتق رقبة غير مملوكة له:

إنه أمر، وهم بحسنة، فلم ينفذها، فله ذلك، وليس عقداً[4]، وكأنه يريد أن يقول إنها وصية كسائر الوصايا، فله الرجوع عنها؛ لأنها من قبيل الوعد، والوعد لا يلزم الوفاء به، وإنما يستحب فقط.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان ما اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة، القاضي بجواز رجوع الموصي فيما أوصى به ما دام حياً؛ لأن الوصية عقد جائز لا يلزم إلا بموته، فيكون له حرية الاختيار، والتصرف في ملكه ما دام حياً، إذا القول بلزوم عقد الوصية، وعدم جواز الرجوع عنها قد يؤدي إلى امتناع الناس عن هذه المكرمة.

---

(1) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٣٤١.

(2) سورة المائدة، الآية:١.

(3) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٣٤١.

(4) المرجع السابق، ج٩، ص٣٤١.

اختص المالكية ببحث مسألة، وهي: فيما لو إلتزم الموصي عند إيجابه عدم الرجوع، هـل لـه الرجوع؟

قولان في المسألة:

القول الأول: له الرجوع، وهو المعتمد[١].

وجه ذلك:

قالوا: هي بمنزلة الوعد، والوعد لا يلزم الوفاء به، وإنما يستحب فقط[٢].

القول الثاني: ليس للموصي الرجوع في شيء إذا التزم عند إيجابه عدم الرجوع، وهـو خـلاف المعتمد[٣] ولعل ذلك يتفق وأصلهم القاضي بلزوم العقد بمجرد صدور الإيجـاب، إذ لـيس للموجـب الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول من العاقد الآخر، أو يبدو منه ما يدل على إعراضه[٤].

وجه ذلك:

إن المؤمن عند شرطه[٥]، وكأنهم يريدون الاستدلال بقوله- صلى ا عليه وسـلم-:" المـسلمون على شروطهم "[٦].

يجاب عنه: إنه يتعارض وقوله تعالى: **ما على المحسنين من سبيل** [٧].

ووجه ذلك: إن من كان محسناً في شيء فلا سبيل عليه فيه، والوصية ما هـي إلا إحـسان مـن الموصي، فهي لا تخرج عن كونها عقد تبرع؛ لما أن الموصي لا يستوجب بمقابلها على الموصى لـه شيئاً.

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٥.

(2) النفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٥.

(3) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٥.

(4) انظر هامش رقم:٧: ص١٠٦ من هذه الرسالة.

(5) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨.

(6) سبق تخريجه، انظر: ص٣٤ من هذه الرسالة.

(7) سورة التوبة، الآية:٩١.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحـان القـول الأول القاضي بجواز رجوع الموصي عن الوصية وإن إلتزم عند الإيجاب عدم الرجوع، للأسباب الآتية:

أولاً: عموم ما روي عن سيدنا عمر– رضي ا عنه- أنه قال:" يغيـر الرجـل مـا شـاء مـن الوصية"[1]، فهو عام في جواز الرجوع عن الوصية دون تفريق بين ما إذا وجد شرط الإلتـزام بعـدم الرجوع، أم لم يوجد.

ثانياً: إن صدور الإيجاب من قبل الموصي لا يخرج عن كونه وعد، والوعد لا يلزم الوفـاء بـه وإنما يستحب فقط.

---

(1) سبق تخريجه، انظر: ص٢٦٩ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني

ما يحصل به الرجوع في عقد الوصية

المقصود هنا: الألفاظ، والتصرفات التي إذا صدرت ممن له حق الرجوع اعتبرت رجوعاً في الوصية.

من ذلك يتبين أن الرجوع قد يكون باللفظ، أو التصرف؛ ولإيضاح ذلك لا بد من التفرقة بين الأمرين:

الفرع الأول: الرجوع باللفظ

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، الشافعية[3]، والحنابلة[4] أن الرجوع في الوصية يحصل بكل لفظ يدل عليه، كقول الموصي رجعت في وصيتي، أو أبطلتها، أو غيرتها، أو نقضتها، أو أزلتها، أو هي لوارثي، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع، وهذه جميعها من الصريح، وكما يحصل بالصريح يحصل بالكناية على خلاف بين الفقهاء في بعض الألفاظ، منها:

---

(1) السغدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، ت:(٤٦١هـ). فتاوى السغدي، الطبعة الثانية، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان، الأردن، مؤسسة دار الفرقان، بيروت، لبنان، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ج٢، ص٨٢١ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص١٨٦ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٥ وابن الشحنة، لسان الحكام، ص٤١٨ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٠.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٥ .

(3) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٢١٥ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٤٤

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٤٨ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٧ والكافي، ج٢، ص٥١٦ وابن مفلح، المبدع، ج٦، ص٢٥.

أولاً: قول الموصي هي حرام عليه، أو ربا

صورة المسألة: أن يقول الموصي ما أوصيت به لفلان فهو حرام عليه، أو ربا.

اختلف الفقهاء في اعتبار ذلك رجوعاً على قولين:

القول الأول: يعَد رجوعاً؛ لأنه لا يجوز أن يكون وصية وهو محرم عليه، وهو قول الحنابلة[١]، والمذهب عند الشافعية[٢].

القول الثاني: لا يعَد رجوعاً؛ لأن الحرمة لا تنافي الوصية فلم يكن دليل الرجوع، بخلاف ما لو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة، فهذا رجوع؛ لأنها نص على إبطال الوصية، وهو من أهل الإبطال، والمحل قابل للإبطال فتبطل، وهو قول الحنفية[٣].

ثانياً: قول الموصي ما أوصيت به لفلان فهو لفلان، كأن يقول ما أوصيت به لزيد فهو لعمرو.

اختلف الفقهاء في اعتبار ذلك رجوعاً على قولين:

القول الأول: يعَد رجوعاً؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة، كما لو وهب لشخص مالاً ثم وهبه لآخر قبل القبض، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، والحنابلة[٦]، وخلاف الصحيح عند الشافعية[٧].

القول الثاني: لا يعَد رجوعاً؛ لاحتمال إرادة التشريك بينهما، كما لو قال دفعة واحدة، أوصيت بها لكما، وهو الصحيح عند الشافعية[٨].

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٥٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٢ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٥١٦.

(2) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٦١.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص١٨٧ والحصكفي، الدر المختار، ج٦، ص٦٥٩ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٠.

(4) السرخسي، المبسوط، ج٢٧، ص١٦٢ وابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٤٦٦ والحصكفي، الدر المختار، ج٦، ص٦٥٩ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٠.

(5) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٣٠ وابن عبد البر، الكافي، ص٥٤٤ والقرافي، الذخيرة، ج٧، ص٦٣.

(6) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦١ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٢١١ وابن مفلح، المبدع، ج٦، ص٢٥ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٥٠٠.

(7) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٥.

(8) المرجع السابق، ج٦، ص٣٠٥ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧٢ والأنصاري، فتح الوهاب، ج٢، ص٣٢.

ثالثاً: قول الموصي هو تركتي

اختلف الفقهاء في اعتبار ذلك رجوعاً على قولين:

القول الأول: لا يعَد رجوعاً؛ لأن الموصى به من جملة التركة، وهو قول الحنابلة[1]، والصحيح عند الشافعية[2].

القول الثاني: يعَد رجوعاً؛ لأن التركة للورثة، وهو قول عند الشافعية[3].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، وما استدلوا به من أدلة في المسائل الثلاث السابقة- قول الموصي للموصى له: هي حرام عليه، أو ربا، وقوله: ما أوصيت به لفلان فهو لفلان، وقوله: هو تركتي- يرى الباحث جواز الرجوع عن الوصية بكل لفظ يدل ويشعر بالإعراض عنها، ما لم توجد قرينة تدل على أنه ما أراد الرجوع، وعليه يكون قول الموصي: هي حرام عليه، أو ربا، وقوله: ما أوصيت به لفلان فهو لفلان، وقوله: هو تركتي رجوعاً عن الوصية؛ لما فيه من الدلالة، والإشعار بالإعراض عنها، وإرادة الرجوع.

---

(1) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٥١٦.

(2) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٤ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٦١ الغزالي، الوسيط، ج٤، ص٤٧٧.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٦١ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١.

الفرع الثاني: الرجوع بصدور تصرف يدل عليه، وذلك كأن باع الموصي الموصى به، أو وهبه، أو أعتقه، أو غير ذلك من التصرفات.

حيث يمكن تقسيم هذه التصرفات إلى قسمين:

القسم الأول: ما هو مجمع على اعتباره رجوعاً عن الوصية

أولاً: البيع: أي أن يبيع الموصي الشيء الموصى به.

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] في اعتباره رجوعاً عن الوصية.

ثانياً: الإعتاق: أي أن يعتق الموصي العبد الموصى به.

الإعتاق كالبيع لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[5]، والمالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨] في اعتباره رجوعاً عن الوصية.

وجه اعتبار هذه التصرفات رجوعاً عن الوصية:

إن هذه التصرفات وقعت صحيحة لمصادفتها ملك نفسه، فأوجبت زوال الملك، فلو بقيت الوصية مع وجودها لتعينت في غير ملكه، ولا سبيل إليه[٩]، ومقتضاه أن البيع، والإعتاق ينافي مقتضى الوصية.

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٥ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص١٨٦ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٧٩.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٤٢٨ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٥ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٣٧٠.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٦٢ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١ والغزالي، الوسيط، ج٤، ص٤٧٧ والأنصاري، فتح الوهاب، ج٢، ص٣٢.

(4) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٧ والكافي، ج٢، ص٥١٦ وابن مفلح، المبدع، ج٦، ص٢٦ وضويان، منار السبيل، ج٢، ص٣٨.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٧٩.

(6) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٤٢٨ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٥ والحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٣٦٩.

(7) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٤٤.

(8) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٧ والكافي، ج٢، ص٥١٦.

(9) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٧٩ وابن مفلح، المبدع، ج٦، ص٢٦ والبهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٤٩ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٧.

ثالثاً: استهلاك الموصى به، كأن يوصي بشاة ثم يذبحها، أو يوصي بقمح ثم يزرعه.

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] في اعتبار ذلك رجوعاً عن الوصية.

قال ابن المنذر:" أجمعوا على أن الرجل إذا أوصى بجارية فباعها، أو بشيء ما فأتلفه، أو وهبه، أو تصدق به، أن ذلك كله رجوع "[٥].

وجه ذلك:

أولاً: زوال الاسم قبل استحقاق الموصى له[٦].

ثانياً: الإشعار بالإعراض عن الوصية[٧].

رابعاً: كل فعل يوجب ذهاب اسم الموصى به ومعناه، سواء كان بفعل الموصي، كنسج الغزل، وطحن القمح، أو بفعل غيره، كتحول العنب زبيباً.

يعَد مانعاً من الرجوع بلا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[٨]، والمالكية[٩]، والشافعية[١٠]، والحنابلة[١١].

وجه ذلك: زوال اسم الموصى به قبل استحقاق الموصى له[١٢].

---

(1) الزيلعي،تبيين الحقائق،ج٦، ص١٨٦والكاساني،بدائع الصنائع،ج٧، ص٣٧٩ وابن الشحنة، لسان الحكام، ص٤١٩.

(2) الدردير،الشرح الكبير،ج٤،ص٤٢٨والنفراوي،الفواكه الدواني، ج٢،ص١٣٥والمواق،التاج والإكليل،ج٦، ص٣٧٠.

(3) النووي،روضة الطالبين،ج٦، ص٣٠٧والشيرازي، المهذب،ج١، ص٤٦٢والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧٢.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٢٥٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٢ ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٧.

(5) ابن المنذر، الإجماع، ص٧٤.

(6) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨ والنووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٧ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٦٢ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧٢.

(7) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧٢.

(8) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦،ص١٨٧ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٦٥٨ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٤.

(9) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٤٢٨ والنفراوي، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٣٥ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٣٦٩.

(10) النووي،روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٧والشربيني،مغني المحتاج،ج٣،ص٧٢ والغمراوي،السراج الوهاج، ص٧٢.

(11) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٥٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٢ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٤، ص٤٦٣.

(12) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٢٨ والنووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٧ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٦٢ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧٢ والبهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٥٠.

القسم الثاني: ما هو محل خلاف بين الفقهاء في اعتباره رجوعاً عن الوصية

أولاً: الأفعال التي توجب زيادة في الموصى به، بحيث لا يمكن تسليم العـين إلا بهـا، كـصبغ الثوب، وخلط الموصى به بما لا يمكن تمييزه إلا بمشقة* كخلط القمح بشعير مثلاً، أو خلـط زيـت بزيت.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يعَد رجوعاً، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

وجه ذلك: إن الموصى به اتصل بما ليس موصى به، بحيث لا يمكن تسليمه بدونه؛ لتعذر التمييز بينمها، فثبت الرجوع ضرورة[٤].

القول الثاني: لا يعَد رجوعاً، ويكون الموصى به بزيادته للموصى له، وهو قول المالكية[5].

وجه ذلك: عدم تغير الاسم عن حاله، وبقائه على ملكه[٦].

يجاب عنه: إنه وإن بقي على ملكه، إلا أن حاله قد تغيرت بما طرأ عليه من زيادة.

الرأي المختار:

يرى الباحث رجحان قول جمهورالفقهاء باعتبار كل فعل يوجب زيادة في الموصى به رجوعـاً عن الوصية؛ لأن القول بما ذهب إليه المالكية يقتضي تسليم الموصى له ما لم يوصَ له به.

---

* أما إن أمكن تمييزه- أي الشيء الموصى به بعد خلطه بغيره- فلا خلاف بين الفقهاء في عدم اعتبـاره رجوعـاً. انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٥ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٤ والـدردير، الـشرح الكبير، ج٤، ص٤٣٠ والقرافي، الذخيرة، ج٧، ص١٤٧ والنووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٩ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧٢ والبهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٥٠ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٨.

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٥ والزيلعي، تبيـين الحقـائق، ج٦، ص١٨٦ والكاسـاني، بـدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٤.

(2) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٩ والشربيني، مغنـي المحتـاج، ج٣، ص٧٢ والغزالـي، الوسـيط، ج٤، ص٤٨١.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٥٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٢ والرحيباني، مطالب أولي النهـى، ج٤، ص٤٦٣.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٤ والشربيني، مغنـي المحتـاج، ج٣، ص٧٢ والغزالـي، الوسـيط، ج٤، ص٤٨١ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٨.

(5) الدردير، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٣٠ والدسوقي، حاشية الدسـوقي، ج٤، ص٤٣٠ والقرافـي، الـذخيرة، ج٧، ص١٤٧.

(6) القرافي، الذخيرة، ج٧، ص١٤٧.

ثانياً: الهبة، وصورة ذلك: أن يوصي بألف دينار لشخص، ثم يهبها لآخر.

اختلف الفقهاء في اعتبار ذلك رجوعاً عن الوصية على قولين:

القول الأول: تُعَد رجوعاً، لا فرق بين ما قبل القبض، أو بعده، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والحنابلة[٣]، والصحيح عند الشافعية[٤].

وجه ذلك: إن الهبة وقعت صحيحة لمصادقتها ملك نفسه، فأوجبت زوال الملك، فلو بقيت الوصية مع وجودها لتعينت في غير ملكه، ولا سبيل إليه[٥]، ومقتضاه: إن الهبة تنافي مقتضى الوصية؛ لأنها إزالة للملك.

يجاب عنه: إن الهبة لا تكون مزيلة للملك إلا بعد القبض، إذ للواهب الرجوع عنها قبل القبض[٦].

يمكن أن يرد عليه: إنها وإن لم تزل الملك، إلا أن فيها ما يشعر بالإعراض عن الوصية.

القول الثاني: تُعَد رجوعاً بعد القبض، لا قبله، وهو مقابل الصحيح عند الشافعية[٧].

وجه ذلك: يستدل لهم أن الموصى به ما زال على ملكه، جرياً على أصلهم أن الهبة لا تملك إلا بالقبض، حيث يجوز الرجوع عنها قبل القبض، لا بعده[٨]. **يجاب عنه**: إنها وإن ما لم تزل الملك، إلا أن فيها ما يشعر بالإعراض عن الوصية؛ لدلالتها على الرجوع كما قال صاحب كشاف القناع[٩].

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قول جمهور الفقهاء باعتبار هبة الموصى به رجوعاً عن الوصية؛ لا فرق بين ما قبل القبض، أو بعده؛ لما فيها من إشعار بالرجوع، قياساً على اعتبار الرجوع باللفظ الكنائي.

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٥ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص١٨٦ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٧٩.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٤٣٠ والمواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٣٦٩.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٤٩ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦١ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٧ والكافي، ج٢، ص٥١٦.

(4) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٤ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٤٦٢ والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٤٥.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٧٩ وابن مفلح، المبدع، ج٦، ص٢٦ والبهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٤٩ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٧.

(6) انظر حكم الرجوع في عقد الهبة قبل القبض: ص٢٢٣ من هذه الرسالة.

(7) النووي،روضة الطالبين،ج٦، ص٣٠٤والشربيني،مغني المحتاج،ج٣،ص٧١ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٣٤٥.

(8) انظر حكم الرجوع في عقد الهبة قبل القبض، وبعده: ص٢٢٣، ص٢٣١ من هذه الرسالة.

(9) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٤٩.

ثالثاً: الرهن

اختلف الفقهاء في اعتباره رجوعاً عن الوصية على قولين:

القـول الأول: لا يعَد رجوعاً، وهو قول الحنفية[١]، والمالكية[٢]، ومقابل الصحيح عند الشافعية قبل القبض[٣].

وجه ذلك:

إن الرهن لا يزيل الملك، أشبه الاستخدام[٤].

يجاب عنه: إنه وإن لم يزل الملك، إلا أن فيه ما يدل على الإعرض عن الوصية.

القول الثاني: يعَد رجوعاً، وهو قول الحنابلة[٥]، والصحيح عند الشافعية بعد القبض[٦].

وجه ذلك:

أولاً: إن الرهن يراد للبيع، أشبه ما لو باعه[٧].

ثانياً: إن الوصية تنقل الملك حين الموت، والقابلية للنقل غير موجودة فيما رهنه[٨].

الرأي المختار:

يرى الباحث رجحان القول الثاني القاضي باعتبار رهن الموصى به رجوعاً عن الوصية؛ لما فيه من إشعار بالرجوع، وإن لم يخرج الموصى به عن ملك الموصي.

---

(1) السغدي، فتاوى السغدي، ج٢، ص٨٢١.

(2) القرافي، الذخيرة، ج٧، ص١٤٩.

(3) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٤ والشربيني، مغني، المحتاج، ج٣، ص٧١ والغمراوي، السراج الوهـاج، ص٣٤٥.

(4) القرافي، الذخيرة، ج٧، ص١٤٩ والنووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٤ والشربيني، مغنـي، المحتـاج، ج٣، ص٧١.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٤٩ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦١ وابن مفلح، المبـدع، ج٤، ص٢٦ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٥٠٠.

(6) النووي، روضة الطالبين، ج٦، ص٣٠٤ والشربيني، مغني، المحتاج، ج٣، ص٧١ والغمراوي، السراج الوهـاج، ص٣٤٥.

(7) الشربيني، مغني، المحتاج، ج٣، ص٧١ والبهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٤٩ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٦.

(8) ابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٦.

رابعاً: الجحود

صورة ذلك: أن يقول الموصي بعد عرض الوصية عليه لا أعرفها، أو لم أوص بهذه الوصية، فهل يعَد قوله ذلك رجوعاً عن الوصية، أم لا ؟

اختلف الفقهاء في اعتباره رجوعاً على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يعَد رجوعاً، وهو قول أبي يوسف من الحنفية، وهو الصحيح [١]، وقول عند الشافعية[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣].

وجه ذلك:

أولاً: إن الوصية تحتمل الرد والنقض، فكان الجحود رجوعاً[٤].

ثانياً: إن الرجوع نفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً[5].

ثالثاً: إنه يدل على الرجوع[٦].

القول الثاني: لا يعَد رجوعاً، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية[٧]، والمذهب عند الحنابلة[٨].

وجه ذلك:

أولاً: إن وجوب الوصية إنما يكون بالموت، بدليل أنه يعتبر القبول والرد بعد الوفاة، فإذا قال لم أوص له بشيء فهو صادق في مقالته على أنه لم يوجب له الوصية بعد، فلا يكون رجوعاً[٩].

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج٢٧، ص١٦٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٦ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص١٨٧ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٠.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٢١٧.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٨ والكافي، ج٢، ص٥١٧ وابن مفلح، الفروع، ج٤، ص٥٠١ والمرداوي، الإنصاف، ج٧، ص٢١٣.

(4) السرخسي، المبسوط، ج٢٧، ص١٦٣.

(5) السرخسي، المبسوط، ج٢٧، ص١٦٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٦ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٠.

(6) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٨ والكافي، ج٢، ص٥١٧.

(7) السرخسي، المبسوط، ج٢٧، ص١٦٣ والمرغيناني، الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٣٦ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦، ص١٨٧ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٠.

(8) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٥٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٢ وابن قدامة، المغني، ج٦، ص٩٨ والكافي، ج٢، ص٥١٧.

(9) السرخسي، المبسوط، ج٢٧، ص١٦٣.

ثانياً: إن الجحود نفي في الماضي، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً؛ ولأن الرجوع إثبات في الماضي، ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحـال، فلا يكون رجوعاً حقيقة، ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقاً[١]، ومقتضاه أن الرجوع نفي للوصية مـن أساسها، فكيف يكون رجوعاً عنها.

ثالثاً: إنه عقد، فلم يبطل كسائر العقود[٢].

القول الثالث: التفريق بين ما إذا كان الجحود لغرض، أو لا، فإن كان جحود الوصية لغرض، كأن خاف من ظالم فلا يكون رجوعاً، أما إن لم يكن لغرض كان رجوعاً، وهو قول الشافعية[٣].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء يرى الباحث رجحان القول القاضي بالتفريق بين ما إذا كـان الجحـود لغرض، أو لا، فإن كان جحود الوصية لغرض، كأن خاف من ظالم فلا يكون رجوعاً، أما إن لم يكـن لغرض كان رجوعاً؛ لما فيه من جمع بين الأقوال، فما دام الجمع بين الأقوال ممكـن فهـو الأولـى بالاتباع.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج٢٧، ص١٦٣ والمرغيناني، الهداية شـرح البدايـة، ج٤، ص٢٣٦ والكاسـاني، بـدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٠.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج٤، ص٣٥٠ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٢ وابن قدامة، المغنـي، ج٦، ص٩٨ الكافي، ج٢، ص٥١٧.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٧١ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٢١٧.

المبحث الرابع

الرجوع في عقد الوكالة[١]

تمهيد: مشروعية الوكالة

ثبتت مشروعية الوكالة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

من القرآن الكريم:

أولاً: قوله تعالى حاكياً عن أهل الكهف: فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا [٢].

وجه الدلالة: إن أهل الكهف أنابوا واحداً منهم ليأتي لهم بالطعام، قال ابن قدامة:" هذه وكالة "[٣].

ويؤيد ذلك قول الجصاص:" في الآية دلالة على جواز الوكالة بالشرى؛ لأن الذي بعثوا به كان وكيلاً لهم "[٤].

---

(1) **الوكالة لغةً:** بفتح الواو، وكسرها: الحفظ، والتفويض، يقال: وكيل الرجل الذي يقوم بـأمره، وسـمي وكـيلاً؛ لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره، والتوكل: إظهار العجز، والإعتماد على الغير. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مـادة: وكل، ج١١، ص٧٣٤، ٧٣٦ والرازي، مختار الصحاح، مادة: وكل، ص٣٠٦.

الوكالة اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها:" إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم". انظر: ابن الهمام، شرح فـتح القـدير، ج٧، ص٥٠٠ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢٥٤ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٧، ص٢٦٥ وابن نجيم، البحـر الرائق، ج٧، ص١٤١ وقيل هي:" تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل ". انظر: الكاسـاني، بـدائع الـصنائع، ج٦، ص١٩ والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٢٧.

عرفها المالكية بأنها:" نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته ". انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٨١ والعدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٤٥٧.

عرفها الشافعية بأنها:" تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته ". انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢١٧ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٨٥ والغمراوي، السراج الوهاج، ص٢٤٦.

عرفها الحنابلة بأنها:" استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة ". انظر: البهوتي، كشاف القنـاع، ج٣، ص٤٦١ وشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٨٤ والرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣، ص٤٢٨ وقيل هي:" التفويض في شيء خاص في الحياة ". انظر: المرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٣٥٣ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣٥٥ .

عرفها القانون المدني الأردني في المادة(٨٣٣) بأنها:" عقد يقيم بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تـصرف جـائز معلوم ".

(2) سورة الكهف، الآية: ١٩.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٥١.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، ج٥، ص٤٠.

ثانياً: قوله تعالى: ﴿فَابعثُواْ حكَماً من أَهلِهِ وحكَماً من أَهلِها﴾ [(١)].

وجه الدلالة: دلت الآية بمفهومها على جواز الوكالة؛ إذ يقوم الحكمان مقام الزوج والزوجة، فيكون الحكمان وكيلين عنهما.

قال الجصاص:" الذي من أهله وكيل له، والذي من أهلها وكيل لها "[(٢)].

من السنة النبوية الشريفة:

وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية عقد الوكالة، منها:

أولاً: ما رواه جابر بن عبد الله – رضي الله عنه- قال:" أردت الخروج إلى خيبر، فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم-، فسلمت عليه، وقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر، فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن ابتغى منك آية، فضع يدك على ترقوته* "[(٣)].

وجه الدلالة: دل الحديث صراحة على جواز الوكالة، قال الصنعاني:" في الحديث دليل على شرعية الوكالة "[(٤)].

ثانياً: ما ثبت عن عروة البارقي- رضي الله عنه-" أن النبي- صلى الله عليه وسلم- أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه "[(٥)].

وجه الدلالة: توكيل النبي- صلى الله عليه وسلم- لعروة- رضي الله عنه- في شراء الشاة يقتضي جوازها، إذ إن أدنى ما يثبت بفعله- صلى الله عليه وسلم- الجواز.

---

(1) سورة النساء، الآية:٣٥.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص١٥١.

* **الترقوة**: بالفتح على وزن فعلوة، ولا يقال ترقوة بالضم، وهو: العظم الذي بين ثغرة النحر والعاتق، والجمع تراقي. انظر: البعلي، المطلع على أبواب المقنع، ص٣٦٧ وابن منظور، لسان العرب، مادة: ترق، ج١٠، ص٣٢.

(3) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: الأقضية، باب: الوكالة، ج٣، ص٣١٤، حديث رقم:(٣٦٣٢) وأخرجه الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب: الوصايا، باب: الوكالة، ج٤، ص١٥٤، حديث رقم:(١) وأخرجه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب: الوكالة، باب: التوكيل في المال وطلب الحقوق وقضائها، ج٦، ص٨٠، حديث رقم:(١١٢١٤)، **لفظ الحديث**: لأبي داود، والبيهقي، **الحكم على الحديث**: قال الصنعاني:" رواه أبو داود وصححه ".

(4) الصنعاني، سبل السلام، ج٣، ص٦٥.

(5) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: المناقب، باب: سؤال المشركين النبي- صلى الله عليه وسلم- أن يريهم آية، ج٣، ص١٣٣٢، حديث رقم:(٣٤٤٣).

الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز الوكالة من لدن سيدنا محمد- صلى ا عليه وسلم- إلى يومنا هذا مـن غير نكير يذكر، قال ابن قدامة:" أجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة "[١].

المعقول:

العقل يحكم بجوازها؛ لأن الحاجة داعية إليها، إذ الشخص قد يعجز عن قيامه بمـصالحه كلهـا، فتكون مشروعة دفعاً للحرج[٢].

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٥١ وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢٥٤ والشربيني، مغني المحتـاج، ج٢، ص٢١٧.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢١٧ وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢٥٤ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٥١.

المطلب الأول

حكم الرجوع في عقد الوكالة

بداية وقبل الشروع في بيان حكم الرجوع في عقد الوكالة لا بد من الإشارة إلى أن الفقهاء عبروا عن الرجوع في عقد الوكالة بلفظ الرجوع، وبلفظ العزل أحياناً، فعلم أن لفظ العزل إنما يقصد به الرجوع، فحيثما ورد لفظ العزل أثناء الحديث عن الرجوع في عقد الوكالة فإنما يقصد به الرجوع.

حكم الرجوع في عقد الوكالة:

لبيان حكم الرجوع في عقد الوكالة لا بد من التفرقة بين ما إذا كانت بأجر، أو بدون أجر، وفيما يلي بيان لهاتين الحالتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد الوكالة المطلقة عن الأجر

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] أن عقد الوكالة بغير أجر عقد جائز غير لازم لكلا العاقدين- الموكل، والوكيل - لكل منهما الرجوع عنه، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر.

وجه ذلك:

أولاً: إن الموكل قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه، أو في توكيل آخر، والوكيل قد يعرض له ما يمنعه من العمل، فيكون لزوم العقد مضراً بالطرفين[٥].

ثانياً: إن الوكالة إذن في التصرف، فملك كل واحد إبطاله، كالإذن في أكل طعامه[٦].

ثالثاً: الوكالة بغير أجر لا تخرج عن كونها تبرعاً، والله سبحانه وتعالى يقول: **ما على المحسنين من سبيل**[٧].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص١٨٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢٨٦ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٧، ص٣٨٥.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٧٩ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٧٩ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص١٨٦، ٢١٥ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٨.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٥٦ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٦٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٣١ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٩٦.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٤٦٨ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٥٠ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٣٦٨ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣٦٢.

(5) البجيرمي،حاشية البجيرمي،ج٣،ص٦٤والشربيني،مغني المحتاج،ج٢،ص٢٣١والبكري،إعانة الطالبين،ج٣، ص٩٦.

(6) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٥٦ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٤٦٨ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٥٠.

(7) سورة التوبة، الآية:٩١.

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد الوكالة المقيدة بأجر

يختلف حكم الرجوع في عقد الوكالة بأجر بحسب تكييف الفقهاء لها، هل هي إجـارة، أم جعالـة، فإن كانت على سبيل الجعالة بأن لم يعين في العقد الزمن، أو العمل، فقد اختلف الفقهـاء فـي حكـم الرجوع فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عقد الوكالة عقد جائز غير لازم مطلقاً، لكلا العاقدين الرجوع عنه، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وقـول عند المالكية[٤].

مما تجدر الإشارة إليه أن الحنفية، والحنابلة لم يفرقوا عند بحثهم لحكم الرجوع في عقـد الوكالـة بين ما إذا كانت بأجر، أو بغيره، وإنما قالوا بجواز الرجوع عنها مطلقاً.

وجه ذلك:

أولاً: إن الموكل قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه، أو في توكيل آخر، والوكيل قد يعرض له ما يمنعه من العمل، فيكون لزوم العقد مضراً بالطرفين[٥].

ثانياً: إن الوكالة إذن في التصرف، فملك كل واحد إبطاله، كالإذن في أكل طعامه[٦].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص١٨٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢٨٦ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٧، ص٣٨٢.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٣٢ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٦٤ والرملي، غاية البيان شـرح زبد ابن رسلان، ص٢١٠.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٤٦٨ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٥٠ والمرداوي، الإنـصاف، ج٥، ص٣٦٨ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣٦٢.

(4) المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢١٥ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٨ والقرافي، الذخيرة، ج٨، ص٩.

(5) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣،ص٦٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٣١ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٩٦.

(6) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٥٦ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٤٦٨ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٥٠.

القول الثاني: لازمة لكلا العاقدين، بمجرد العقد، ليس لأحدهما الرجوع عنها، وهـو قـول عنـد المالكية[١].

وجه ذلك: قياساً على الإجارة تلزمهما بالقول[٢].

يجاب عنه: يسلم لهم هذا الاستدلال، إذا عين العمل والزمن في العقد، لكـن إن جهـل أحـدهما، فالقول بكونها إجارة لا يصح؛ لبطلان الإجارة مع جهالة أحدهما.

قال ابن رشد:" إذا كانت الوكالة بعوض، فهي إجارة تلزمهما جميعاً، ولا تجوز إلا بأجرة مسماة، وأجل مضروب، وعمل معروف "[٣].

القول الثالث: لازمة للجاعل– الموكل- دون المجعول له– الوكيل- بعد الشروع فـي العمـل، لا قبله، فيكون للمجعول له دون الجاعل الرجوع عنها، وهو قول عند المالكية[٤].

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان قـول جمهـور الفقهاء، القاضي بجواز الرجوع عن عقد الوكالة مطلقاً؛ لأن العبرة بصيغ العقود، لا معانيهـا، حمـلاً للكلام على حقيقته اللغوية.

---

(1) المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢١٥ والقرافي، الذخيرة، ج٨، ص٩.

(2) المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢١٥ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٨.

(3) المواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢١٥.

(4) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٩٧ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٩٧ والمواق، التاج والإكليـل، ج٥، ص٢١٥ والقرافي، الذخيرة، ج٨، ص٩.

أما إن كانت على سبيل الإجارة بأن عين الزمن، والعمل، فقد اختلف الفقهاء في جواز الرجـوع عنها على قولين:

القول الأول: عقد الوكالة عقد جائز غير لازم مطلقاً، لكلا العاقدين الرجوع عنه، دون توقف على إرادة ورضا العاقد الآخر، وهو قول الحنفية[١]، والحنابلة[٢] إذ لم يفرقوا عند بحثهم لحكم الرجوع في عقد الوكالة بين ما إذا كانت بأجر، أو بغيره، وقول الشافعية فيما إذا عقدت بلفظ الوكالة[٣].

وجه ذلك: إن اللفظ وكلتك في عمل كذا بكذا، معناه إجارة، والعبـرة بـصيغ العقـود بـاللفظ، لا بالمعنى[٤].

يجاب عنه: ليس المراد وقوعهما بلفظ إجارة، أو جعالة؛ لأنها لو كانت بلفظهما، كقوله: أجرتـك الدار على أن تتوكل لي على كذا، أو جاعلتك بكذا على أن تتوكل لي على كذا، كانت منهمـا حقيقـة، فيصير التشبيه غير صحيح، وإنما المراد أن العقد وقع على صورة الإجارة، بأن عـين الزمـان، أو العمل، أو على صورة الجعالة، بأن لم يعين الزمان، لذلك يقال: إن وقعت بأجرة، أو جعل، ولا يقـال إن وقعت إجارة، أو جعلاً[٥].

القول الثاني: لازمة، لا يجوز الرجوع عنها، وهو قول المالكية[٦]، والـشافعية إذا عقـدت بلفـظ الإجارة؛ لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة[٧].

الرأي المختار: من النظر في آراء الفقهاء، يرى الباحث رجحان القول الأول، القاضـي بجـواز الرجوع عن عقد الوكالة إذا وقعت على وجه الإجارة، لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة، حملاً للكلام على حقيقته اللغوية.

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص١٨٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢٨٦ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٧، ص٣٨٥.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٤٦٨ وابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٢٥٠ والمرداوي، الإنصاف، ج٥، ص٣٦٨ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣٦٢.

(3) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص٣٣٢ والـشربيني، مغنـي المحتـاج، ج٢، ص٢٣٢ والبجيرمـي، حاشـية البجيرمي، ج٣، ص٦٤ والرملي، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ج١، ص٢١٠.

(4) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٦٤ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٣٢.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٩٧.

(6) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٩٦ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢١٥ والحطاب، مواهب الجليـل، ج٥، ص١٨٨ والقرافي، الذخيرة، ج٨، ص٩.

(7) النووي، روضة الطالبين، ج٤، ص٣٣٢ والـشربيني، مغنـي المحتـاج، ج٢، ص٢٣٢ والبجيرمـي، حاشـية البجيرمي، ج٣، ص٦٤.

المطلب الثاني

شروط وموانع الرجوع في عقد الوكالة

الفرع الأول: شروط الرجوع في عقد الوكالة

الشرط الأول: العلم بالعزل

اختلف الفقهاء في اعتباره شرطاً لصحة الرجوع في عقد الوكالة على قولين:

القول الأول: يعَد العلم بالعزل شرطاً لصحته، سواء في ذلك علم الوكيل بالعزل، أوعلـم الموكـل بعزل الوكيل نفسه، وهو قول الحنفية(١)، والمشهور عند المالكية(٢)، وقول عند الشافعية(٣)، ورواية عن الإمام أحمد(٤)، وبه قال الظاهرية(٥).

وجه ذلك:

أولاً: إمضاء عزل الوكيل قبل علمه، فيه إضرار به؛ وذلك لأنه قد يتصرف بموجب عقد الوكالـة تصرفاً يوجب عليه الضمان(٦)، كأن يدفع مال الموكل إن كان وكيلاً بالشراء، أو يسلم المبيع إن كـان وكيلاً بالبيع، وفي ذلك من الضرر ما لا يخفى، حيث يجب عليه ضمان ما أدى؛ لأنه بعزلـه يكـون متصرفاً في مال الغير بدون إذنه.

ثانياً: لأنه يتصرف بأمر الوكيل، ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه، كالفسخ(٧).

ثالثاً: العزل خطاب ملزم مقصود، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه، كخطاب الشرع حتى إذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف(٨).

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص١٨٧ والزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢٨٧ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٧، ص٣٨٥ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٣٧.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٩٦ والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٩٦ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٧ والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢١٥.

(3) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٥٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٣٢.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٤٧١ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٧١ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣٦٥.

(5) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٤٦.

(6) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٧١

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٣٧ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٧١.

(8) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢٨٧ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٥٧ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣٦٥.

القول الثاني: لا يشترط العلم، وهو قول عند المالكية[1]، والأصح عند الشافعية[2]، والراجح عن الإمام أحمد[3].

وجه ذلك:

قياساً على الطلاق، والعتاق، بجامع أنه عقد لا يفتقر إلى الرضا، فلا يحتاج إلى العلم[4].

يجاب عنه:

إنه قياس مع الفارق؛ لان العزل فيهما– أي الطلاق، والعتاق- عزل حكمي؛ لضرورة عدم المحل، فلا يتوقف على العلم[5].

كما أنه لا يترتب على عدم العلم بالطلاق، والعتاق كبير ضرر، كما في عزل الوكيل، إذ قد يتعدى الضرر إلى المشتري، فافترقا.

الرأي المختار:

من النظر في آراء الفقهاء، ومناقشة ما استدلوا به من أدلة، يرى الباحث رجحان القول الأول القاضي باعتبار العلم بالعزل شرطاً لصحته؛ دفعاً للضرر الذي قد يلحق بالعاقدين، أو أحدهما، إعمالاً لقوله- صلى ا عليه وسلم-:" لا ضرر ولا ضرار "[6].

أضف إلى ذلك أن الوكيل محسن، ومتبرع في قبوله الوكالة، وتعريضه للضرر قد يؤدي إلى امتناع الناس عن هذه المكرمة، وفي ذلك من الحرج ما لا يخفى.

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٣٩٦ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٧والمواق، التاج والإكليل، ج٥، ص٢١٥.

(2) الشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٥٧ والشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٣٢.

(3) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٧١ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣٦٥.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٣٢ والشيرازي، المهذب، ج١، ص٣٥٧ والبهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٤٧١ وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٧١ وابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣٦٥.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٢٨٧.

(6) سبق تحريجه، انظر: ص٨٠ من هذه الرسالة.

الشرط الثاني: أن لا يتعلق بالوكالة حق للغير.

فإذا تعلق بها حق للغير لم يصح العزل بغير رضا صاحب الحق؛ لأن في العزل إبطال حقه من غير رضاه، ولا سبيل إليه، وهو قول الحنفية[١]، والمالكية[٢]، أما الشافعية، والحنابلة، فلم أجد لهم نصاً في هذه المسألة.

ومثال ذلك:

الوكالة ببيع الرهن، كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه، أو وضعه على يدي عدل، وجعل المرتهن، أو العدل مسلطاً على بيعه، وقبض ثمنه عند حلول الأجل، فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح[٣].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص١٨٧ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٧، ص٣٨٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٣٨.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٨ والقرافي، الذخيرة، ج٨، ص١٢٠.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧، ص١٨٧ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٧، ص٣٨٢ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٣٨.

الفرع الثاني: موانع الرجوع في عقد الوكالة

من تتبع أراء الفقهاء في حكم الرجوع في عقد الوكالة، يتبين ما يمكن اعتباره مانعاً من الرجوع عنها:

أولاً: عدم العلم بالعزل، يعَد مانعاً من الرجوع عند الحنفية، والراجح عند المالكية، وقول عند الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، والظاهرية، على نحو ما بينا سابقاً[1].

ثانياً: إذا تعلق بالوكالة حق للغير، كالوكالة ببيع الرهن، يعَد مانعاً من الرجوع عند الحنفية، والمالكية[2].

ثالثاً: إذا ترتب على عزل الوكيل نفسه ضرراً بالموكل، كما لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه في غيبة موكله، لاستملك المال قاض، أو غيره، فينبغي أن يبقى على الوكالة إلى حضور موكله، أو أمينه على المال، ففي مثل هذه الحالة يمتنع على الوكيل عزل نفسه، وبه قال الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5] حيث جاء في كتب الشافعية ما نصه:" لو خيف من العزل ضياع المال حرم، ولم ينعزل وإن كان المالك حاضراً "[6].

رابعاً: وقوع الوكالة على وجه الجعالة، يعَد مانعاً من الرجوع لكلا العاقدين عند المالكية في قول، وفي قول آخر مانعة من الرجوع للجاعل دون المجعول له بعد الشروع في العمل[7].

خامساً: وقوع الوكالة على وجه الإجارة، يعَد مانعاً من الرجوع عند المالكية، والشافعية إذا عقدت بلفظ الإجارة[8].

---

(1) انظر أقوال الفقهاء في اشتراط علم الوكيل بالعزل لصحته: ص٢٩٠ من هذه الرسالة.

(2) انظر قول الحنفية، والمالكية: ص٢٩٢ من هذه الرسالة.

(3) الحصكفي، الدر المختار، ج٥، ص٥٣٧ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٧، ص٣٨٥ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٣٩.

(4) ابن جزي، القوانين الفقهية، ج٢١٦ والقرافي، الذخيرة، ج٨، ص٩، ١٥ والحطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٨.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٣٢ والبجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٦٤ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٩٣.

(6) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج٣، ص٦٤ والبكري، إعانة الطالبين، ج٣، ص٩٣.

(7) انظر قول المالكية بلزوم عقد الوكالة إذا كانت بأجر، وكيفت على أنها جعالة: ص٢٨٨ من هذه الرسالة.

(8) انظر قول المالكية، والشافعية بلزوم عقد الوكالة إذا كانت بأجر، وكيفت على أنها إجارة: ص٢٨٩ من هذه الرسالة.

الخاتمة

الحمد الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد - صلى ا عليه وآله وصحبه وسلم- وبعد:

فقد خلصت هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

أولاً: الرجوع: هو العود إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة.

ثانياً: وجود شبه بين كل من الرجوع، والفسخ، والرد، والإقالة، لا ينفي اختلاف مصطلح الرجوع عنها.

ثالثاً: ينحصر الرجوع في العقود المالية غير اللازمة.

رابعاً: عدم اللزوم في العقود المالية ينحصر في أمرين:

الأول: العقود غير اللازمة لطبيعة العقد.

الثاني: العقود غير اللازمة لوجود الخيار، وعليه إذا تمت العقود اللازمة كالبيع، والإجارة، وخلت من الخيار لا يجوز الرجوع فيها.

خامساً: يختلف حكم الرجوع في العقود المالية ما قبل التفرق عما بعده، كما في البيع، والإجارة، والمساقاة، وما بعد الشروع عما قبله، كما في الاستصناع، والجعالة، والتحكيم، والمضاربة، والمزارعة، وما بعد القبض عما قبله، كما في الرهن، والهبة، والوقف، وما قبل الوجوب عما بعده كالكفالة.

سادساً: الرجوع قد يكون صريحاً - أي بالقول- وقد يكون ضمنياً – أي بالتصرف -.

سابعاً: لا يخرج أثر الرجوع في العقود المالية عن أمرين:

الأول: فسخ العقد.

الثاني: التراد بين المتعاقدين.

فهذه خاتمة المطاف حول أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي

(دراسة فقهية مقارنة)

فإن أحسنت فمن ا ، وإن كانت الثانية فمن نفسي، راجياً من القارئ العزيز أن يغفر لي ما حصل مني من نقص، وتقصير، سائلاً ا - العلي القدير- أن يجعل خير عمرنا آخره، وخير أعمالنا خواتيمها، وخير أيامنا يوم لقائه.

سبحان ربك رب العِزةِ عما يصِفُون، وسلامٌ على المرسلِين، والحمد لِلهِ رب العالمِين [(١)].

وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد عبدك ورسولك النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

---

(1) سورة الصافات، الآيات: ١٨٠، ١٨١، ١٨٢.

مصادر البحث ومراجعه

القرآن الكريم.

الآبادي، محمد شمس الحق العظيم، **عون المعبود**، الطبعة الثانية، دار الكتب العلميـة، بيـروت، لبنان، ١٩٩٥م.

الآبي، صالح عبدالسميع الأزهري، **الثمر الداني شرح رسالة القيرواني**، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان.

الآمدي، أبو الحسن علي بن محمد، ت:(٦٣١هـ). **الأحكام**، الطبعة الأولى، تحقيق الدكتور سـيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٤هـ.

الأندلسي، أبو عبيد عبدا بن عبدالعزيز البكري الأندلسي، ت:(٤٨٧هـ). **معجم مـا اسـتعجم**، الطبعة الثالثة، تحقيق: مصطفى السقا، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ.

الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، ت:(٩٢٦هـ). **فـتح الوهـاب شـرح منهج الطلاب**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ.

البجيرمي، سلمان بن عمربن محمد، ت:(١٢٢١هـ). **حاشية البجيرمي**، المكتبة الإسلامية، ديـار بكر، تركيا.

الإمام البخاري، أبو عبدا محمد بن إسماعيل، ت:(٢٥٦هـ). **صحيح البخاري**، الطبعة الثالثـة، تحقيق: الدكتور مصطفى ديب البغا، اليمامة للنشر والتوزيع، دمشق، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

البعلي، أبو عبدا محمد بن أبي الفتح الحنبلي، ت:(٧٠٩هـ). **المطلع على أبواب المقنع**، عـدد الأجزاء:(١)، تحقيق: محمد بشير الإدلبي، المكتب الإسلامي، ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

البعلي، عبد الحميد محمود، **ضوابط العقود في الفقه الإسـلامي**، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء(١)، مؤسسة الشرق، الدوحة، قطر، ١٩٨٥م.

البكري، أبو بكر بن السيد محمد الدمياطي، **إعانة الطالبين،** دار الفكر، بيروت.

ابن بلبان، محمد بن بدر الدمشقي، ت(١٠٨٣هـ). **أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل،** الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، ت:(١٠٥١هـ). **كشاف القناع عن متن الإقناع**، الطبعة الأولى، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٢هـ.

البهوتي، **شرح منتهى الإرادات،** الطبعة الثانية، عالم الكتب ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

البهوتي، **الروض المربع،** مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

البوطي، محمد توفيق رمضان، **البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها**، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، دار الفكر، دمشق، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م. بيروت، لبنان.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، ت:(٤٥٨هـ). **سنن البيهقي الكبرى،** تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

التركماني، عدنان غالب، **ضوابط العقد في الفقه الإسلامي،** الطبعة الأولى، عدد الأجزاء(١)، دار الشروق، السعودية، ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، ت:(٢٧٩هـ). **الجامع الصحيح، المعروف بسنن الترمذي،** تحقيق: أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث، بيروت.

ابن تيمية، عبدالسلام بن عبدا بن أبي القاسم بن تيمية الحراني، ت:(٦٥٢هـ). **المحرر في الفقه،** الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٤هـ.

الثعلبي، أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر المالكي، ت:(٣٦٢هـ). **التلقين**، الطبعة الأولى، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ١٤١٥هـ.

الجرجاني، علي بن محمد بن علي، ت:(٨١٦هـ). **التعريفات**، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء(١)، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ.

ابن جزي، محمد بن أحمد الغرناطي المالكي، ت:(٧٤١هـ). **القوانين الفقهية**، عدد الأجزاء:(١).

الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، ت:(٣٧٠هـ). **أحكام القرآن**، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان.

جمعية المجلة، **مجلة الأحكام العدلية**، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: نجيب هواويني، كارخانة تجارت كتب.

الحاكم، الإمام الحافظ أبو عبدا النيسابوري، ت:(٤٠٥هـ). **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١١هـ/١٩٩٠م.

ابن حبان، أبو حاتم محمد بن أحمد التميمي البستي، ت:(٣٥٤هـ). **صحيح ابن حبان**، الطبعة الثانية، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

حجازي، مصطفى أحمد عبد الجواد، **أحكام الرجوع القضائي في الهبة (**دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه الإسلامي، وبعض التشريعات العربية)، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م/٢٠٠١م.

ابن حجر، أحمد بن علي، ت:(٨٥٢هـ). **فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبدا محمد بن إسماعيل البخاري**، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

ابن حجر، **تلخيص الحبير**، تحقيق: السيد هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة - على ساكنها أفضل الصلاة وأتم التسليم-، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.

ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، ت:(٤٥٦هـ). **المحلى**، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان.

أبو الحسن المالكي، علي بن خلف المنوفي المالكي، ت:(٩٣٩هـ). **كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني**، تحقيق: يوسف محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ.

الحصكفي، محمد بن علي بن محمد علاء الدين، ت:(١٠٨٨هـ). **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٨٦هـ.

الحصني، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي الشافعي، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء(١)، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي، ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، ١٩٩٤م.

الحطاب، أبو عبدا محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب رعيني، ت:(٩٥٤هـ). **مواهب الجليل**، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٩٨هـ.

الخرشي، محمد بن عبدا بن علي الخرشي، ت:(١١٠١هـ). **حاشية الخرشي**، الطبعة الأولى، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

الخرقي، أبو القاسم عمر بن الحسين، **مختصر الخرقي**، ت:(٣٣٤هـ). الطبعة الثالثة، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ.

خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المالكي، ت:(٧٦٧هـ). **مختصر خليل**، عدد الأجزاء(١)، تحقيق: أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت.

الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر البغدادي، ت:(٣٨٥هـ). **سنن الدارقطني**، تحقيق: السيد عبدا هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦.

الدارمي، أبو محمد عبدا بن عبدالرحمن، ت:(٢٥٥هـ). **سنن الدارمي**، الطبعة الأولى، تحقيق: فواز أحمد زمرلي وخالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

أبو داود، سليمان بن الاشعث السجستاني الأزدي، ت:(٢٧٥هـ). **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر.

الدردير، أبو البركات أحمد، ت:(١٢٠١هـ). **الشرح الكبير**، تقريرات: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان.

الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، ت:(١٢٣٠هـ). **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، تقريرات: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان.

الدمشقي، عبد القادر بن بدران، ت:(١٣٤٦هـ). **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، الطبعة الثانية، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: الدكتور عبدا بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٠١هـ.

الذهبي، أبو عبدا محمد بن احمد بن عثمان بن قايماز، ت:(٧٤٨هـ). **سير أعلام النبلاء**، الطبعة التاسعة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٣هـ.

الرازي، محمد بن أبي بكر، ت:(٧٢١هـ). **مختار الصحاح**، طبعة جديدة، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

الرحيباني، مصطفى السيوطي، ت:(١٢٤٣هـ). **مطالب أولي النهى**، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦١م.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، ت:(٥٩٥هـ). **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الفكر، بيروت، لبنان.

الرملي، محمد بن أحمد الأنصاري، ت:(١٠٠٤هـ). **غاية البيان شرح زبد ابن رسلان**، عدد الأجزاء:(١)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

الزحيلي، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق،١٤٠٩ هـ/١٩٨٩م.

الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف، ت:(١١٢٢هـ). **شرح الزرقاني على موطأ مالك**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١١هـ.

الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، ت:(٧٩٤هـ). **المنثور في القواعد**، الطبعة الثانية، تحقيق: الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، ١٤٠٥هـ.

الزركشي، **خبايا الزوايا**، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: عبد القادر عبدالله العاني، وزارة الأوقاف، الكويت، ١٤٠٢هـ.

أبو زهرة، محمد، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، عدد الأجزاء:(١)، دار لفكر العربي، الملكية ونظرية العقد.

الزيلعي، أبو محمد عبدالله بن يوسف الحنفي، ت:(٧٦٢هـ). **نصب الراية**، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، ١٣٧٥هـ.

الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، ت:(٧٤٣هـ). **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، ١٣١٣هـ.

السبكي، تاج الدين بن علي بن عبد الكافي، ت:(٧٧١هـ). **طبقات الشافعية الكبرى**، الطبعة الثانية، تحقيق: الدكتور محمد محمود الطحاني، والدكتور عبدالفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، ١٤١٣هـ.

السبكي، علي بن عبد الكافي، **الإبهاج**، الطبعة الأولى، تحقيق: جماعة مـن العلمـاء، دار الكتـب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٤هـ.

سراج، محمد أحمد، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، عدد الأجـزاء(١)، دار الثقافـة، القـاهرة، ١٩٩٢م.

السرخسي، شمس الدين محمد ت:(٤٨٣هـ). **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

السغدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، ت:(٤٦١هـ). **فتاوى السغدي**، الطبعة الثانيـة، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان، الأردن، مؤسسة دار الفرقـان، بيروت، لبنان، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

السمرقندي، علاء الدين ت:(٥٣٩هـ). **تحفة الفقهاء**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ/١٩٨٤م.

السنهوري، عبد الرزاق، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنـة بالفقـه الغربـي)**، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، لبنان، ج٤، ص١٩٨.

سوار، وحيد الدين، **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسـلامي** (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الطبعة الثانية، عدد الأجزاء(١)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٧٩م.

السيوطي عبدالرحمن بن أبي بكر، ت:(٩١١هـ). **الأشـباه والنظـائر**، الطبعـة الأولـى، عـدد الأجزاء:(١)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، ت:(٧٩٠هـ). **الموافقات**، تحقيق: عبـدا دراز، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

الإمام الشافعي، أبو عبدا محمد بن إدريس ت:(٢٠٤هـ). **الأم**، الطبعة الثانيـة، دار المعرفـة، بيروت، لبنان، ١٣٩٣هـ.

شبير، محمد عثمان، **المدخل إلى فقه المعاملات المالية**، الطبعة الأولى، عدد الأجـزاء:(١)، دار النفائس، عمان، الأردن، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٤م.

ابن الشحنة، أبو اليمن إبراهيم بن محمد الحنفي، (المعروف بابن الشحنة)، ت:(٨٨٢هـ). **لـسان الحكام في معرفة الأحكام**، الطبعـة الثانيـة، عـدد الأجـزاء:(١)، البـابي الحلبـي، القـاهرة، ١٩٩٣هـ/١٩٧٣م.

الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي، ت:(٩٧٧هـ). **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الفكر، بيروت، لبنان.

الشربيني، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق: مكتـب البحـوث والدراسـات، دار الفكـر، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ.

الشرواني، عبد الحميد، **حواشي الشرواني**، دار الفكر، بيروت، لبنان.

الشلبي، محمد مصطفى، **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه**، عـدد الأجزاء:(١)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٣٨٨هـ/١٩٦٩م.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ت:(١٢٥٠هـ). **إرشاد الفحول**، الطبعـة الأولـى، تحقيـق: محمد سعيد البدري أبو مصعب، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

الشوكاني، **فتح القدير بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**، دار الفكر، بيروت، لبنان.

الشوكاني، **نيل الأوطار**، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٩٧٣م.

ابن أبي شيبة، أبو بكر عبدا بن محمد، ت:(٢٣٥هـ). **مصنف ابن أبي شيبة**، الطبعة الأولـى، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ.

الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ت:(٤٧٦هـ). **المهذب**، دار الفكر، بيـروت، لبنان.

الشيرازي، **التنبيه**، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ.

الشيرازي، **طبقات الفقهاء**، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: خليل الميس، دارالقلم، بيروت.

الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، **سبل السلام**، الطبعة الرابعة، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، ١٣٧٩هـ.

ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، ت:(١٣٥٣هـ). **منار السبيل**، الطبعة الثانية، تحقيق: عصام القلعجي، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٥هـ.

الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد، ت:(٣١٠هـ). **تفسير الطبري**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، ت:(١٢٥٢هـ). **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ.

ابن عبد البر، أبو عمر بن يوسف بن عبدا بن محمد النمري القرطبي، ت:(٤٦٣هـ). **التمهيد**، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف، المغرب، ١٣٨٧هـ.

ابن عبد البر، **الكافي**، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٧هـ.

عبدالرزاق، أبو بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، ت:(٢١١هـ). **مصنف عبدالرزاق**، الطبعة الثانية، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ.

العدوي، علي الصعيدي المالكي، ت:(١٢٠١هـ). **حاشية العدوي**، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر بيروت.

ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبدا ، ت:(٥٤٣هـ). **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد عبـد القـادر عطا، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان.

العز، أبو محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي، ت:(٦٦٠هـ). **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

العسكري، أبو هلال، **الفروق في اللغة**، الطبعة الثانية، عدد الأجـز:(١)، دار الآفـاق، بيـروت، لبنان، ١٩٧٧م.

الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، ت:(٥٠٥هـ). **الوسـيط**، الطبعة الأولى، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ.

الغمراوي، محمد الزهري، **السراج الوهاج**، عدد الأجزاء:(١)، دار المعرفة للطباعـة، بيـروت، لبنان.

ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا، ت:(٣٩٥هـ). **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد الـسلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

أبو الفرج، محمد بن عبدالرحمن بن علي بن محمد، ت:(٥٩٧هـ). **صفة الصفوة**. الطبعة الثانية، تحقيق: محمود فاخوري، والدكتور محمد رواس قلعـه جـي، دار المعرفـة، بيـروت، لبنـان، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المالكي، **الديباج المذهب**. عدد الاجزاء:(١)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، ت:(٨١٧هـ). **القاموس المحيط**، الطبعـة الثانيـة، مكتبة مصطفى البابي، مصر، ١٣٧١هـ/١٩٥٢م.

ابن قدامة، أبو محمد عبدا بن أحمد المقدسي، ت:(٦٢٠هـ). **المغني**، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ.

ابن قدامة، **الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، ت:(٦٨٤هـ). **الذخيرة**، الطبعة الأولى، تحقيق: محمد حجي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٩٤م.

القرطبي، أبو عبدا محمد بن أحمد الأنصاري، ت:(٦٧١هـ). **الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)**، دار الشعب، القاهرة.

القره داغي، علي محيي الدين علي، **مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني** (الروماني، والفرنسي، والإنجليزي والمصري، والعراقي).

القونوي، قاسم بن عبدا بن أمير بن علي، ت:(٩٧٨هـ). **أنيس الفقهاء**، الطبعة الأولى، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء، جدة، السعودية، ١٤٠٦هـ.

القيرواني، أبو محمد عبدا بن أبي زيد، ت:(٣٨٦هـ). **رسالة القيرواني**، دار الفكر، بيروت، لبنان.

ابن القيم، أبو عبدا محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، ت:(٧٥١هـ). **أعلام الموقعين**، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٩٧٣م.

ابن القيم، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: الدكتور محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة.

الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، ت:(٥٨٧هـ). **بدائع الصنائع**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

الكفوي، أبو البقاء بن موسى الحسيني، الكليات **(معجم المصطلحات والفروق اللغويـة)،** الطبعـة الثانية، عدد الأجزاء:(١)، منشورات وروابط الثقافة والإرشاد القومي، دمشق، ١٩٨٢م.

الكناني، أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل، ت:(٨٤٠هـ). **مصباح الزجاجة،** الطبعة الثانية، تحقيـق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ.

ابن ماجة، أبو عبدا محمد بن يزيد القزويني، ت:(٢٧٥هـ). تحقيق: فؤاد عبدالباقي، **سنن ابـن ماجة،** دار الفكر، بيروت، لبنان.

الإمام مالك بن أنس، ت:(١٧٩هـ). **الموطأ،** تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التـراث، مصر.

الإمام مالك**، المدونة الكبرى،** برواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبدالرحمن بن القاسـم، دار صادر، بيروت، لبنان.

المباركفوري، أبو العلا محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم، ت:(١٣٥٣هـ). **تحفة الأحـوذي،** دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط،** قام بإخراجه: إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامـد عبد القادر، محمد علي النجار، مطبعة دار الدعوة.

محمد فؤاد عبدالباقي، **المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم،** دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان، ت:(٨٨٥هـ). **الإنصاف في معرفة الراجح من الخـلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل،** تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيـروت، لبنان.

المرغيناني، الحسين علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشداني، ت:(٥٩٣هـ). **الهداية شرح البداية**، المكتبة الإسلامية.

الإمام مسلم، أبو الحسن الحجاج القشيري النيسابوري، ت:(٢٦١هـ). **الجامع الصحيح المسمى: صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان.

ابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبدا ، ت:(٨٨٤هـ). **المبدع**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ.

ابن مفلح، أبو عبدا محمد المقدسي، ت:(٧٦٢هـ). **الفروع**، الطبعة الأولى، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

ابن الملقن، عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، ت(٨٠٤). **خلاصة البدر المنير**، الطبعة الأولى، تحقيق: حمدي عبدالحميد إسماعيل السلفي، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤١٠هـ.

ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ت:(٣١٨هـ). **الإجماع**، الطبعة الثالثة، عدد الأجزاء:(١)، تحقيق: الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الاسكندرية، مصر.

ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، ت:(٧١١هـ). **لسان العرب**، دار صادر، بيروت.

المواق، أبو عبدا محمد بن أبي القاسم العبدري، (الشهير بالمواق)، ت:(٨٩٧هـ). **التاج والإكليل**، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٩٨هـ.

النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، ت:(٣٠٣هـ). **سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي(المجتبى)** ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، ت:(١١٢٥هـ). **الفواكه الدواني**، دار الفكر، بيروت، لبنان.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، ت:(٦٧٦هـ). **شرح النووي على صحيح مـسلم**، الطبعة الثالثة، دارالفكر، بيروت، لبنان، ١٣٨٩هـ/١٩٧٨م.

النووي، **المجموع شرح المهذب**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٧م.

النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي، (المعروف بابن الهمـام)، ت:(٦٨١هــ). **شرح فتح القدير**، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان.

الهيثمي، علي بن أبي بكـر، ت:(٨٠٧هــ)، **مجمـع الزوائـد**، دار الريـان للنـشر،القاهرة / بيروت، ١٤٠٧هـ.

وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، مطابع دار الصفوة، مصر.

أبي يعلى، أبو الحسين محمد بن أبي يعلى(المعروف بـابن الفـراء)، ت:(٥٢١هــ). **طبقـات الحنابلة**، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

ثالثاً: فهرس الآثار المروية عن الصحابة الكرام- رضي ا عنهم أجمعين-.

رابعاً: فهرس الأعلام.

أولاً: فـهرس الآيـات القرآنية الكريمـة الـواردة فـي الرسالـة

الآيـــــــــــــــــــة	رقمها	الـسورة	الصفحــة
إِن اللّه يأْمركُم أَن تُؤدواْ الأَماناَتِ إِلَى أَهلِها	٥٨	النساء	٢١٣، ٢١٤
وإِذَا حييتُم بِتَحِيةٍ فَحيواْ بِأَحسن مِنْها أَو ردوها	٨٦	النساء	٢٢٢
وأُحضِرتِ الأَنفُس الشح	١٢٨	النساء	٢٧
وإِن يتَفَرقَا يغْن اللّه كُلا من سعتِهِ	١٣٠	النساء	٣٩
يا أَيها الَّذِين آمنُواْ أَوفُواْ بِالْعقُودِ	١	المائدة	٣٢، ٩٠، ٩٤، ١٤٩، ١٥٢، ١٦٢، ١٦٨، ١٩٦، ١٩٩، ٢٠٦ ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٣٤، ٢٧٠
وتَعاونُواْ علَى الْبر والتَّقْوى ولاَ تَعاونُواْ علَى الإِثْمِ والْعدوان	٢	المائدة	٢٢٢
ومن لَّم يحكُم بِما أَنزلَ اللّه فَأُولَئِك هم الْكَافِرون	٤٤	المائدة	١٢٠
ومن لَّم يحكُم بِما أَنزلَ اللّه فَأُولَئِك هم الْفَاسِقُون	47	المائدة	١٢٠
يحكُم بِهِ ذَوا عدلٍ منكُم	95	المائدة	١٢٠
يا بنِي آدم	٢٦، ٢٧، ٣١، ٣٥	الأعراف	٢٣٧
كَما أَخْرج أَبويكُم من الْجنةِ	27	الأعراف	٢٣٧
ما علَى الْمحسِنِين مِن سبِيلٍ	91	التوبة	١٦٧، ١٦٩، ١٧٧، ١٩٨، ٢٠٦، ٢١٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٧١، ٢٨٦
قَالُواْ نَفْقِد صواع الْملِكِ ولِمن جاء بِـهِ حِمـلُ بعِيرٍ وأَنَاْ بِهِ زعِيمٌ	72	يوسف	١٧٤، ٩٤
وقَضى ربك أَلاَّ تَعبـدواْ إِلاَّ إِيـاه وبِالْوالِـدين إِحسانًا	23	الإسراء	ج

الآيـــــــــــــة	رقمها	الـسورة	الصفحــة
المالُ والبنُون زينَةُ الحياةِ الدنْيا	77	الكهف	٤٦
فَوجدا فِيها جِدارا يرِيد أَن ينقَض فَأَقَامه قَالَ لَو شِئْتَ لَاتخَذْتَ علَيهِ أَجرا	77	الكهف	٨٥
وكَان أَبوهما صالِحا	82	الكهف	٢٣٨
وافْعلُوا الْخَير لعلَّكُم تُفْلِحون	77	الحج	٢٥٣
قَالَتْ إِحداهما يا أَبتِ استَأْجِره إِن خَير من استَأْجرتَ الْقَوِي الْأَمِين، قَالَ إِني أُرِيد أَن أُنكِحك إِحدى ابنَتَي هاتَين علَى أَن تَأْجرنِي ثَمانِي حِججٍ فَإِن أَتْممتَ عشْرا فَمِن عِندِك	٢٦، ٢٧	القصص	٨٤
فَأَقِم وجهك لِلدينِ الْقَيمِ مِن قَبلِ أَن يأْتِي يوم لا مرد لَه مِن اللَّهِ يومئِذٍ يصدعون	43	الروم	١٦
سبحان ربك رب الْعِزةِ عما يصِفُون، وسلَام علَى الْمرسلِين، والْحمد لِلَّهِ رب الْعالَمِين	١٨٠ ١٨١ ٨٢	الصافات	٢٩٥
وإِن كَثِيراً من الْخُلَطَاء لَيبغِي بعضهم علَى بعضٍ إِلَّا الَّذِين آمنُوا وعمِلُوا الصالِحاتِ وقَلِيلٌ ما هم	24	ص	١٣٠
ولَا تُبطِلُوا أَعمالَكُم	33	محمد صلى ا عليه وسلم	٢٢٧
إِن الَّذِين كَفَروا وصدوا عن سبِيلِ اللَّهِ ثُم ماتُوا وهم كُفَّار فَلَن يغْفِر اللَّه لَهم	34	محمد صلى ا عليه وسلم	٢٢٧
ونَبئْهم أَن الْمــاء قِـسمةٌ بيـنَهم كُـلُّ شِـربٍ محتَضر	28	القمر	١٠٣، ١١١

الآيـــــــــــــــــــــة	رقمها	الـسورة	الصفحـــة
فَإِذَا قُضِيتِ الـصلَاةُ فَانتَـشِروا فِـي الْـأَرضِ وابتَغُوا مِن فَضلِ اللهِ	10	الجمعة	١٣٦
فَإِن أَرضعن لَكُم فَآتُوهن أُجورهن	6	الطلاق	٨٤
إِنه علَى رجعِهِ لَقَادِرٌ	٨	الطلاق	١٠
وآخَرون يضرِبون فِي الْأَرضِ يبتَغُون مِن فَضلِ اللهِ	20	المزمل	١٣٥
فَويلٌ لِلْمصلِّين، الَّذِين هم عن صلَاتِهِم ساهون، الَّذِين هم يراؤُون، ويمنَعون الْماعون	٤ ٥ ٦، ٧	الماعون	٢٠١

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في الرسالة

ثالثاً: فهرس الآثار المروية عن الصحابة الكرام- رضي ا عنهم أجمعين- الواردة في الرسالة

ثالثاً: فهرس تراجم الأعلام الواردة أسمائهم في الرسالة

الصفحة	الترجمة	اسم العلم
٣٨	أبو عمرو عبدالرحمن بن عمرو بن يحمد، ولد سنة ثمان وثمانين، مات رحمه الله سنة سبع وخمسين ومائة، مات وله ستون سنة، سئل عن الفقه وله ثلاث عشرة سنة. **انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص٧١ والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٤، ص١٠٧ وما بعدها.**	**الأوزاعي**
٦١ ٢٢٣	عبدالله سفيان بن سعيد بن مسروق رضي الله عنه، ولد في خلافة سليمان بن عبدالملك سنة ست وتسعين، وقيل: سنة سبع، مات رحمه الله سنة إحدى وستين ومائة في خلافة المهدي، قال: سفيان بن عيينة: ما أحد أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري. **انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص٨٥، ٨٦.**	**الثوري**
١٦١	عثمان أبو عمرو بن أبي بكر بن يونس، المعروف بابن الحاجب، الملقب بجمال الدين الإمام العلامة الفقيه المالكي، كردي الأصل، كان ابن الحاجب علامة زمانه، رئيس أقرانه، توفي- رحمه الله - في الاسكندرية في مصر، ضحى يوم الخميس السادس والعشرين من شهر شوال سنة ست وأربعين وستمائة. **انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص١٨٩، ١٩١.**	**ابن الحاجب**
٣٨	ولد لسنتين بقيتا من خلافة سيدنا عمر رضي الله عنه، ومات بالبصرة عشية الخميس، ودفن يوم الجمعة غرة رجب سنة عشر ومائة وهو ابن ثمان وثمانين سنة، وروي أن أمه كانت خادمة لأم سلمة زوج رسول الله - صلى الله عليه وسلم، ورضي الله عنها- وربما بعثتها في حاجة فيبكي الحسن فتناوله ثديها، فرأوا أن تلك الحكم التي رزقها الحسن من بركات ذلك، وروي أن أم سلمة أخرجته إلى سيدنا عمر - رضي الله عنه- فقال: اللهم فقهه في الدين فليعلم وحببه إلى الناس. **انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص٩١.**	**الحسن البصري**

اسم العلم	الترجمة	الصفحة
الخرقي	عمر بن الحسين بن عبدا بن أحمد أبو القاسم الخرقي، صاحب المختصر، توفي سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة، ودفن بدمشق. **انظر: أبو الفراء، طبقات الحنابلة، ج٢، ص٧٥، ١١٨ والشيرازي، طبقات الفقهاء، ص٧٣، ٧٤.**	٥٢ ٥٦ ٦٣
أبو الخطاب	الإمام العلامة الورع شيخ الحنابلة محفوظ بن أحمد بن حسن العراقي الكلوذاني البغدادي الأزجى، تلميذ أبي يعلى بن الفراء، مولده في سنة اثنين وثلاثين وأربع مئة، كان أبو الخطاب من محاسن العلماء خيراً، صادقاً، حسن الخلق، حلو النادرة، من أذكياء العلماء، توفي- رحمه ا - في الثالث والعشرين من جمادى الآخرة، سنة عشر وخمس مئة. **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٩، ص٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠.**	٦١
الزهري	أبو سلمة ابن عبدالرحمن بن عوف رضي ا عنهما، مات سنة أربع وتسعين، وقيل: سنة أربع ومائة، وهو ابن اثنين وتسعين سنة: **انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص٤٤.**	٣٧ ٣٨
السيوري	شيخ المالكية، وخاتم الأئمة بالقيروان، أبو القاسم عبدالخالق بن عبد الوارث، المغربي السيوري، أحد من يضرب بحفظه المثل في الفقه مع الزهد والتآلة، له تعليقة على المدونة، مات سنة ستين وأربع مئة عن سن عالية. **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٨، ص٢١٣.**	٣٨ ٥٥
الشعبي	أبو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي من همدان- رضي ا عنه-، ولد لست سنين من خلافة سيدنا عثمان- رضي ا عن- ومات سنة أربع ومائة، وهو ابن الأثنتين وثمانين سنة. **انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص٨١.**	٣٨ ٦١
الطحاوي	الإمام العلامة الحافظ الكبير، محدث الديار المصرية وفقيهها أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبدالملك الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي، صاحب التصانيف، من أهل قريظة طحا من أعمال مصر، مولده في سنة تسع وثلاثين ومئتين، برز في علم الحديث، وفي الفقه، انتهت إلية رئاسة أصحاب أبي حنيفة بمصر، توفي في مستهل ذي القعدة سنة إحدى وعشرين. **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٥، ص٢٧ وما بعدها.**	١٣٣ ١٣٤

اسم العلم	الترجمة	الصفحة
القاضي	هو الإمام الفقيه العلامة القاضي أبو الحسين محمد بن القاضي الكبير أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء الحنبلي البغدادي، ولد سنة إحدى وخمسين، جمع طبقات فقهاء الحنابلة، قال ابن الجوزي: كان له بيت في داره بباب المراتب، يبيت وحده فعلم من كان يخدمه أن له مالاً، فذبحوه ليلاً، وأخذوا المال ليلة عاشوراء سنة ست وعشرين وخمس مئة. **انظر: الذهبي، سير أعلا النبلاء، ج١٩، ص٦٠١، ٦٠٢.**	٥٩ ٢١٧ ٢١٨ ٢٢٠
القفال	أبو بكر عبدا المروزي، المعروف بالقفال، شيخ الخرسانيين، كان في ابتداء أمره يعمل الأقفال، فلما أتى عليه ثلاثون سنة اشتغل في العلم، كان وحيد زمانه فقيهاً، وزاهداً، وورعاً، توفي قي جمادي الآخرة سنة سبع عشر وأربعمائة، وهو ابن تسعين سنة. **انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص٢٢٥ والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٧، ص٤٠٥، ٤٠٦.** **تنبيه:** إذا ذكر القفال، إما أن يراد به القفال الشاشي، أو القفال المروزي، ويفرق بينهما أن القفال الشاشي يتكرر ذكره في التفسير، والحديث، والأصول، والكلام، أما المروزي فيتكرر في الفقهيات. **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٦، ص٢٨٤.** **القفال الشاشي:** الإمام العلامة الفقيه الأصولي اللغوي، عالم خرسان، أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل الشافعي القفال، إمام وقته بما وراء النهر، وصاحب التصانيف، أول من صنف في الجدل الحسن من الفقهاء، وله كتاب في أصول الفقه، وله شرح الرسالة، وعنه انتشر فقه الإمام الشافعي بما وراء النهر، ولد في سنة إحدى وتسعين ومائتين، وتوفي في آخر سنة خمس وستين وثلاث مئة بالشاش. **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٦، ص٢٨٣، ٢٨٤.**	٨٩
ابن الماجشون	عبد الملك بن عبد العزيز بن عبدا بن أبي سلمة الماجشون، كنيته أبو مروان، توفي سنة اثنتي عشرة، وقيل: ثلاث عشرة، وقيل: أربع عشرة ومائتين، وهو ابن بضع وستين سنة. **انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص١٥٣، ١٥٤.**	١٤٧ ١٤٩ ١٥٤

اسم العلم	الترجمة	الصفحة
المزني	أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق المزني، مات بمصر سنة أربع وستين ومائتين، كان زاهداً، عالماً، مجتهداً، مناظراً، محاججاً على المعاني الدقيقة، صنف كتباً كثيرة: الجامع الكبير، والجامع الصغير، ومختصر المحتصر، والمنثور، والمسائل المعتبرة، والترغيب في العلم، وكتاب الوثائق، قال الإمام الشافعي-رحمه ا -: المزني ناصر مذهبي. **انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص١٠٩ والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٢، ص٤٩٣.**	١٢٧
ابن المسيب	أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي- رضي ا عنه-، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر رضي ا عنه، وتوفي - رحمه ا - بالمدينة سنة إحدى، أو اثنتين وتسعين، وقيل: سنة أربع وتسعين، وكان يقال لهذه السنة سنة الفقهاء؛ لكثرة من مات فيها، وقيل: سنة خمس ومائة، قال علي رضي ا عنه: سعيد بن المسيب أعلم الناس بما تقدمه من الآثار وأفضلهم في رأيه.**انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص٣٩، ٤٠.**	٣٢ ٣٧ ٣٨ ٤٨ ٥٥
ابن المنذر	أبو بكر إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ولد في حدود موت الإمام أحمد بن حنبل، نزل مكة وهو أحد الأئمة الأعلام، قال الشيخ أبو إسحاق: توفي إما سنة تسع، أو عشر وثلاثمائة، له تصانيف كثيرة كالإجماع، والإشراف، والإقناع، وصنف في اختلاف العلماء تصانيف لم يصنف أحد مثلها، وأحتاج إلى كتبه الموافق والمخالف.**انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١، ص٤٩٠، ٤٩١ والشيرازي، طبقات الفقهاء، ص١١٨.**	٣٨ ١٧٩ ٢١٣ ٢١٤ ٢١٥ ٢٧٧
النخعي	الإمام الحافظ فقيه العراق أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود بن عمرو بن ربيعة بن ذهل بن سعد بن مالك بن (النخع) النخعي اليماني، ثم الكوفي، أحد الأعلام، توفي سنة خمس وتسعين، وقيل: ست وتسعين، وهو ابن تسع وأربعين سنة، وقيل: ابن نيف وخمسين سنة. **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٤، ص٥٢٠، ٥٢٣ وأبو الفرج، صفة الصفوة، ج٣، ص٨٦، ٩٠.**	٦١ ٢٢٣

الصفحة	الترجمة	اسم العلم
٣٨ ٥٥ ٩٧ ١٠٠	عبدالملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جنهامة بن عباس بن مرداس السلمي الأندلسي، يكنى أبا مروان، كان حافظاً للفقه على مذهب مالك، جمع إلى إمامته في الفقه التبجح في الأدب، والتفنن في ضروب العلم، وكان فقيهاً، مفتياً، نحوياً، لغوياً، نسابة، إخبارياً، توفي في الحجة سنة ثمان وثلاثين ومائتين، وقبره بمقبرة أم سلمة في قبله مسجد الضيافة، وقال الذهبي: سعيد بن فحلوان مات عبدالملك بن حبيب يوم السبت لأربع مضين من رمضان سنة ثمان وثلاثين ومائتين بعلة الحصى ونقل أنه قال: في ذي الحجة سنة تسع وثلاثين. **انظر:** ابن **فرحون، الديباج المذهب، ص١٥٤، ١٥٦، والذهبي سير أعلام النبلاء، ج١٢، ص ١٠٧.**	**ابن حبيب**
٣٢ ٣٣ ١٠٣ ١٩٧ ٢٢٧ ٢٣٧ ٢٥٥ ٢٧٠	أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الفارسي الأصل، ثم الأندلسي القرطبي اليزيدي، صاحب التصانيف،ولد بقرطبة، سنة أربع وثمانين وثلاث مئة، نشأ في تنعم ورفاهية، ورزق ذكاء مفرطاً، وذهناً سيالاً، وكتباً نفيسة كثيرة، كان والده من كبراء أهل قرطبة عمل الوزارة في الدولة العامرية، كان شافعياً ثم أداه اجتهاده إلى نفي القياس، والأخذ بظاهر النص، وعموم الكتاب والحديث، والقولبالبراءة الأصلية،واستصحاب الحال.**انظر:الذهبي،سير أعلام النبلاء، ج١٨،ص١٨٤.**	**ابن حزم**
٣٧ ٣٨ ٤٠	محمد بن الحارث بن عبدالرحمن بن أبي ذئب يكنى أبا الحارث ولد في سنة ثمانين، مات ودفن بالكوفة سنة تسع وخمسين ومائة، وهو ابن تسع وسبعين، كان فقهياً صالحاً يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر. **انظر: أبو الفرج، صفة الصفوة، ج٢، ص١٧٤، ١٧٥، ١٧٦.**	**ابن أبي ذئب**
١٢٣ ١٤٧ ١٤٩	الإمام العلامة فقيه المغرب، أبو سعيد عبدالسلام بن حبيب التنوخي، الحمصي الأصل، القيراوني المالكي، قاضي قيروان، وصاحب المدونة، يلقب بسحنون، ولد سنة ستن ومائة، ولي قضاء إفريقية سنة أربع وثلاثين ومائتين، وسنه آن ذاك أربع وسبعون سنة، فلم يزل قاضياً إلى أن مات في رجب أربعين ومائتين، وكان سنه يوم مات ثمانين سنة. **انظر:الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٢، ص٦٣ وابن فرحون، الديباج المذهب، ص١٦٠ وما بعدها**	**سحنون**

اسم العلم	الترجمة	الصفحة
ابن شاس	عبدا بن نجم بن شاس بن نزار بن عشاير بن عبدا بن محمد بن شاس الجذامي السعدي، الفقيه المالكي، كنيته أبو محمد، الملقب بالجلال، كان فقيهاً فاضلاً في مذهبه، عارفاً بقواعده، صنف في مذهب الإمام مالك - رحمه ا - كتاباً نفيساً سماه: الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، توفي في دمياط في جمادى الآخرة ، أو رجب سنة عشر وستمائة. **انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص١٤١ والذهبي سير أعلام النبلاء، ج٢٢، ص٩٨، ٩٩.**	١٩٧
شريح	هو الفقيه أبو أمية شريح بن الحارث بن الجهم الكندي قاضي الكوفة، ويقال: شريح بن شراحيل، أو ابن شرحبيل، وهو ممن أسلم في حياة النبي صلى ا عليه وسلم، وانتقل من اليمن زمن الصديق، ولاه عمر رضي ا عنه قضاء الكوفة فقبل، أقام على قضائها ستين سنة، وقد قضى بالبصرة سنة، وقد وفد زمن معاوية رضي ا عنه إلى دمشق، وكان يقال له قاضي المصرين، عاش مئة وعشر سنين، وقيل: مئة وثماني سنين، توفي سنة ثماني وسبعين، وقيل: سنة ثمانين، وقيل: إنه استغنى من القضاء قبل موته بسنة رحمه ا . **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٤، ص١٠٠، ١٠١، ١٠٦.**	٣٨ ٢٥٤ ٢٥٥
طاوس	ابن كيسان الفقيه القدوة عالم اليمن أبو عبدالرحمن الفارسي اليمني الجندي الحافظ، توفي في مكة أيام المواسم سنة ستة ومئة. **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٥، ص٣٨، ٤٤، ٤٩.**	٣٨ ٢٣٤
ابن عباس	حبر الأمة، وفقيه العصر، وإمام التفسير أبو العباس عبدا ابن عـم رسول-ا صلى ا عليه وسلم- ولد بشعب بني هاشم قبل عام الهجرة بثلاث سنين، صحب رسول ا -صلى ا عليه وسلم-نحـو ثلاثـين شهراً،وله جماعة أولاد أكبرهم العباس وبه كان يكنى، وعلـي أبـو الخلفاء وهو أصغرهم، والفضل، ومحمد، وعبيدا ، ولبابة،وأسـماء، انتقل رسول ا -صلى ا عليه وسلم-إلى الرفيـق الأعلـى ولابـن عباس ثلاث عشر سنة،ومات بالطائف سنة ثمان وستين وهـو ابـن إحدى وسبعين سنة،وكان النبي صلى ا عليه وسلم دعا له فقال:اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل.**انظر:الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج٣،ص٣٣١.**	٣٨ ١٣٦ ١٨٤ ٢٥٤

اسم العلم	الترجمة	الصفحة
ابن عرفة	محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، يكنى أبا عبـدا ، وهـو الإمام العلامة، المقرئ، الأصولي، البياني، المنطقي، شـيخ الـشيوخ، وبقية أهل الرسوخ، ولد سنة ست عشرة وسبعمائة. **انظر: ابن فرحـون، الديباج المذهب، ص٣٣٧.**	١١٦
عطاء بن أبي رباح	هو أسلم، شيخ الإسلام مفتي الحرم أبو محمد القرشي، ولد في خلافة سيدنا عثمان- رضي ا عنه-، قال أسلم المنقري: جاء أعرابي يسأل فارشد إلى سعيد بن جبير فجعل الأعرابي يقول: أين أبو محمد، فقال: سعيد ما لنا ها هنا مع عطاء شيء، قال الواقدي، وأبو نعيم: مات سنة خمس عشر ومائة، وقال الهيثم: مات سنة أربع عشر ومائة، قال الواقدي: مات وهو ابن ثمان وثمانين سنة من أجلاء الفقهاء. **انظر: الذهبي سير أعلام النبلاء، ج٥، ص٧٨ والشيرازي، طبقات الفقهاء، ص٥٧.**	٣٨ ١٩٧
ابن عقيل الحنبلي	قاضي القضاة، أبو الوفاء علي بن محمد بن عقيل الفقيه البغدادي، كان مولده سنة اثنتين وثلاثين وأربعمائة، ومات في يوم الجمعة ثاني عشر جمادي الأولى سنة ثلاث عشرة وخمسمائة. **انظر: أبن الفراء، طبقات الحنابلة، ج٢، ص٢٥٩.**	٦٣
علي بن المديني	الشيخ الإمام الحجة أمير المؤمنين في الحديث، أبو الحسن علي بن عبدا بن جعفر بن نجيم بن بكر بن سعد السعدي مولاهم البصري المعروف بابن المديني مولى عروة بن عطية السعدي، مات بسامراء في ذي القعدة سنة أربع وثلاثين ومائتين، وقال البخاري: مات ليومين بقيا من ذي القعدة سنة أربع وثلاثين ومائتين. **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء ، ج١١، ص٤١، ٤٨، ٥٩.**	٣٨
ابن علية	إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الإمام العلامة الحافظ الثبت أبو بشر الأسدي مولاهم البصري الكوفي الأصل المشهور بابن علية وهي أمه، ولد سنة مات الحسن البصري سنة عشر ومئة، كان فقهياً، إماماً مفتياً من أئمة الحديث، قال أبو داود السجستاني: ما أحد من المحدثين إلا وقد أخطأ إلا ابن علية، وبشر بن المفضل، مات رحمه ا سنة ثلاث وتسعين ومئة.**انظر:الذهبي،سير أعلام النبلاء،ج٩،١٠٧، ١٠٩، ١١٩.**	٨٦

اسم العلم	الترجمة	الصفحة
ابن عيينه	ابن أبي عمران ميمون مولى محمد بن مزاحم أخـي الـضحاك ابـن مزاحم، الإمام الكبير حافظ العصر شيخ الإسلام أبو محمـد الهلالـي الكوفي ثم المكي، مولده سنة سبع ومئة. **انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٨، ص٤٥٤ وما بعدها.**	٣٨

RULES OF (Wilhdrawal) IN FINANCIAL CONTRACTS IN ISIAMIK JURISPRUDENCE
(A COMPARATIVE JURIDICAL STUDY)

SUBMITTED PY
ANAS ABD - ELWAHED SALEH AL- JABER

THE INSTRUCTOR
PROF DR. MOHAMMED HASAN ABU-YAHIA

ABSTRACT

This study shows the revocation jurisprudence (comparing jurisprudence study), has come in six chapters including an introduction and a conclusion.

Chapter One: In this chapter I showed the revocation nature, and what we mean by revocation, and all related words (canceling, repealing, and replying) as I showed the areas of the revocation which took place in the un-necessary contracts:

a) The un, necessary contracts for the nature of the contract.
b) The un, necessary contracts for having the option.

Chapter Two: The revocation judgments on the commutative contracts in the Islamic Jurisprudence, I showed the judgment :the Revocation in the selling contracts, Astassenae, leasing, Al-joaleh, Distribution, and Arbitration.

Chapter Three: The revocation judgment in the financial participation in the Islamic Jurisprudence. I showed revocation judgment of the company contract, Speculation partner ship in cultivation, and Watering.

Chapter Four: The revocation judgment on the registration in the Islamic Jurisprudence I showed the revocation in Mort gage, the Surety ship and the Transfer.

Chapter Five: The revocation in the attached financial contracts Islamic jurisprudence I showed the revocation judgment in the loan contract, Alarih, and the deposit.

The sixth and the last chapter in this study: The revocation judgment in donation, financial release in the Islamic jurisprudence I showed the revocation judgment in the Donation contract, the Endowment, the Guardianship and the Attorney Ship.

The conclusion: It was the overall of what I had concluded through the results of this research.